

LA RICOMBINAZIONE GENICA DELLA LEGALITÀ PENALE: BIO-TECHNOLOGICAL STRENGTHENING O MANIPOLAZIONE AUTODISTRUTTIVA?

Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti

di Vico Valentini

Abstract. Lo scritto tenta di fare il punto sui rapporti di coesistenza-interferenza, spesso tutt'altro che armonici, fra giustizia penale domestica e normativa sovranazionale. Dopo aver dato atto della progressiva erosione della legalità penale, anche sostanziale, occasionata dalla casistica eurounitaria – trend che, con la recente introiezione della massima Taricco, tocca la sua punta più avanzata e problematica – si ripercorre il parabolico atteggiamento della Consulta nei confronti del diritto europeo dei diritti umani, capace di partorire output iper-punitivisti (es. marital rape cases) o, al contrario, super-garantisti (es. casi Varvara e Contrada) di difficile e talvolta improponibile giustiziabilità a livello nazionale: vuoi per ragioni assiologico-culturali e sistemiche, vuoi per l'assenza di adeguati rimedi tecnici. Il tutto, a dimostrazione di come l'apertura all'interpretazione-legge delle Alte Corti europee, in mancanza di regole formalmente vincolanti che ne governino e limitino l'uso da parte del giudice comune, rischi di produrre più costi che benefici.

SOMMARIO: 1. Legalità, diritto penale e normativa eurounitaria. – 2. Legalità, processo penale e normativa eurounitaria. – 3. Legalità penale continentale e legalità penale europea: una sinergia inevitabilmente critica. – 3.1. Quale il *maximum standard*? – 3.2. Quali i rimedi domestici per Bruno Contrada (e per i suoi cloni)? – 4. Le regole d'ingaggio fra sistema penale domestico e normativa CEDU: il moderato euro-entusiasmo della prima ora. – 5. La fase 2.0: il conflitto junghiano dei giudici costituzionali. – 5.1. Presente, passato e futuribile del cd. europeismo giudiziario. – 6. La terza e attuale fase: il muscolare ritorno a sé stessi.

1. Legalità, diritto penale e normativa eurounitaria.

Discorrere del rapporto fra diritto eurounitario e sistema penale domestico, significa parlare di legalità e fonti del diritto penale, ossia, in sostanza, di riserva di legge e separazione dei poteri – di cui la riserva, si sa, è proiezione dentro la giustizia

penale¹; e parlare di riserva di legge, da noi, come del resto in tutti i sistemi continentali, vuol dire parlare anzitutto di diritto positivizzato: di *legislation* e *statute law*, non già di *law*.

Un'indispensabile precisazione. Per "diritto (scritto) UE in materia sostanziale", intendiamo qui non solo la legislazione primaria e secondaria che si occupa specificamente di reati e pene (ad es. l'art. 83 TFUE, le decisioni quadro su terrorismo e *cybercrimes*), ma pure quella che, pur non attingendo in chiaro e direttamente il diritto penale materiale, pretende d'influire, rivedendole, sulle opzioni punitive parlamentari (ad es. i principi *ex artt.* 4, co. 3, TUE, 325 TFUE, così come interpretati dalla CGUE)². Non consideriamo "EU legislation in criminal matters", invece, le regole unioniste evocate da concetti normativi giuridici (ad es. la definizione europea di rifiuto al centro del caso Niselli³, oppure la disciplina del Codice Doganale Comunitario che stabilisce il periodo di stazionamento delle imbarcazioni importate in franchigia)⁴, giacché, in casi del genere, le discipline aliene sono richiamate da incriminazioni (nello specifico, gli illeciti *ex artt.* 256, 257, d.lgs. 152/2006, 216, co. 2, d.p.r. 43/1973) che nascono già strutturalmente "aperte" al divenire dell'ordinamento giuridico: qui, insomma, è lo stesso legislatore nazionale a coinvolgere la disciplina UE nelle strategie di criminalizzazione.

Al riguardo, in verità, non c'è granché di nuovo da segnalare. Il perimetro era e resta chiaro, e le regole di coesistenza fra noi e loro – che, oggi come ieri, scrive la Consulta in perfetta autonomia⁵ – sempre le stesse, e sempre religiosamente osservate da ambo le parti: la riserva di legge *in senso formale*, seppur nella sua (tradizionale, post-illuministica, reo-centrica) versione minimalista⁶, gode ancora di buona salute, anche presso l'interprete lussemburghese⁷, e anche dopo il Trattato di Lisbona⁸.

¹ Sulla dimensione (anche) ordinamentale della legalità penale continentale, all'un tempo garanzia oggettiva di tipo istituzionale (separazione dei poteri) e garanzia soggettiva dalla vocazione umanistica (diritto alla prevedibilità dell'epilogo punitivo), K.S. GALLANT, *The principle of legality in international and comparative criminal law*, New York, 2009, 24 ss.; T. VIVES ANTÓN, *Principios penales y dogmática penal*, in T. VIVES ANTÓN, J. L. MANZANARES SAMANIEGO (dir.), *Estudios sobre el código penal de 1995*, Madrid, 1996, 39 ss.

² *Ex multis* CGUE, 23 novembre 2006, Lidl Italia S.r.l. c. Comune di Arcole, in <http://curia.europa.eu>; CGUE, GS, 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, *ivi*.

³ CGUE, 11 novembre 2004, Niselli, §§ 28-30, in www.ambienteditratto.it.

⁴ Cass., III, 10 ottobre 2002, P.m. Nanni, in *DPP*, 2002, 1466 s.

⁵ Sul ruolo di "giudice delle fonti" (e "delle competenze") attualmente giocato dalla Consulta, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 14 ss.

⁶ Sappiamo tutti che la riserva di legge *ex art.* 25 Cost. implica l'esclusione dal sistema delle fonti del penale di tutto ciò che è *diverso* dalla legge statale: di fonti sotto-ordinate, dunque, ma pure di quelle *sovra-*ordinate, come il diritto eurounitario e quello internazionale pattizio; va da sé, dunque, che neppure fonti "non formalizzate", quali la consuetudine o il diritto giurisprudenziale, possano produrre diritto criminalizzante. Al contempo, però, è pure vero che quella propaggine della legalità è un principio *e non una regola*, e, come tutti i principi, tollera attuazioni fluide, imperfette, non integraliste; in particolare, il monopolio parlamentare sulla giustizia penale è sempre stato inteso come *tendenziale* (è il capitolo dei concetti normativi e delle figure "aperte" all'ordinamento "generale") e, per quel che qui interessa, *unidirezionale*, nel senso che abbiamo sempre ritenuto irrinunciabile un intervento del Parlamento solo quando si tratta di criminalizzare o aggravare il trattamento sanzionatorio, e non anche quando accade l'esatto contrario. Quel precetto, insomma, è sempre stato considerato *rinunciabile* quando entrano in gioco regole che escludono e/o attenuano la risposta punitiva. Esempi di questo *trend* normo-culturale sono sotto gli occhi di tutti: pensiamo alle giustificanti, che – teorie bipartite a parte – si ammette pacificamente

E così, i principi di diretta applicabilità e *primauté* eurounitaria continueranno a operare “illimitatamente” là dove non significhino delitti ma diritti, là dove, cioè, producano effetti *in bonam partem*⁹; viceversa, quegli stessi principi si infrangeranno sullo scoglio *ex art. 25 Cost.*, che resta un (contro-)limite invalicabile, qualora dovessero implicare una dilatazione dell’area della penalità.

Possiamo dunque ribadire ciò che è sempre stato, e, con ogni probabilità, sempre sarà: non esiste un diritto UE positivizzato auto-applicativo con effetti incriminanti o aggravanti¹⁰; l’Unione continua a non vantare poteri punitivo-penali diretti, e quindi, *a fortiori*, a non poter imporre veri obblighi di criminalizzazione¹¹.

Ora, se tutto questo è pacifico, è però altrettanto vero che la legislazione eurounitaria in materia criminale, la quale, come atto-*disposizione*, può non essere – e di regola non è – direttamente *applicabile*¹², diventa direttamente *efficace* se cristallizza *norme* che, oltre ad essere chiare, precise e stringenti (“strutturalmente” *self-executing*, per interderci), ampliano gli spazi di libertà e intensificano le garanzie individuali.

Disposizione vs. norma, *dispositio* vs. *interpretatio*, enunciati vs. significati, applicabilità vs. efficacia.

Si tratta di distinzioni-contrapposizioni molto *à la page* negli ultimi tempi, e che possiedono un’indubbia utilità didattica; ma non sono scoperte né, tanto meno,

possano essere generate da fonti diverse dalla legge in senso formale (un atto normativo regionale, un diritto di fonte eurounitaria, un provvedimento puntuale come l’ordine del superiore, addirittura una “mera interpretazione”, come dimostra l’affezione giurisprudenziale alle cd. scriminanti non codificate); pensiamo, ancora, alle tollerate – ma ciò nondimeno clamorose – invasioni di campo a cui ci ha abituato la Consulta, come quando ha espunto incriminazioni *intrinsecamente* irragionevoli (sui connotati del *test* di ragionevolezza intrinseca, v. per tutti G. INSOLERA, *Principio di uguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*³, Torino, 2012, 394 ss.), o come quando ha manipolato l’art. 5 c.p., stravolgendo *in bonam partem* le logiche di un intero sistema. Viceversa, almeno fino a un certo momento – dal 2006 la musica è cambiata (Corte cost., sent. n. 394/2006, in www.cortecostituzionale.it), e oggi è tutta un’altra sinfonia (sul punto, volendo, a V. VALENTINI, [Continua la navigazione a vista](#), in *questa Rivista*, 20 gennaio 2015, 1 ss., 13 ss.) – il Giudice delle leggi s’è sempre rifiutato di partorire pronunce produttive di effetti *in malam partem*.

⁷ V. *ex plurimis* CGUE, GS, 3.5.2005, Berlusconi e altri, in *CP*, 2005, 2764 ss., § 44, ove si ribadisce che la legislazione UE «non potrebbe [...] avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale delle persone che agiscono in violazione delle sue disposizioni».

⁸ Se da un lato, infatti, il Trattato portoghese ha eliminato la struttura a pilastri e comunitarizzato la materia penale, dall’altro lato ha introdotto una serie di *contro-regole* capaci di sdrammatizzare, se non addirittura di neutralizzare, quella comunitarizzazione: V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford-Portland, 2009, 7 ss. 36 ss., 107 ss. Più nel dettaglio, oltre ad avere europeizzato i controlimiti (*infra*, § 2), ed oltre ad avere rilasciato agli Stati la gestione di “ordine pubblico” e “sicurezza nazionale” (art. 4, co. 2, TUE), il Patto di Lisbona ha circoscritto alle sole direttive – per di più “rinviabili al mittente” *ex art. 83, co. 3, TFUE* – il ventaglio degli atti normativi adottabili in materia penale.

⁹ G. GRASSO, *Introduzione: Diritto penale e integrazione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (cur.), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, 1 ss., 6 ss.

¹⁰ È cioè sempre e comunque indispensabile una legge domestica che implementi quegli *input* alieni.

¹¹ Sul punto, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e di tutela penale*, Pisa, 2009, 15 ss. e *passim*.

¹² *Retro*, nt. 8.

invenzioni: la CGUE, infatti, cavalca e declina da decenni la “dissociazione” fra disposizione e norma, ponendola alla base del – noto, collaudatissimo – meccanismo di ingresso nel sistema interno delle direttive particolareggiate non (tempestivamente) trasposte o, comunque, non (adeguatamente) attuate. È, questo, un fenomeno descritto in qualsiasi manuale di diritto dell’Unione Europea¹³: la direttiva come atto-enunciato *non è (mai) direttamente applicabile*, non entra nel sistema nazionale senza una legge di implementazione, ma il contenuto di quell’enunciato, la norma, se chiara, precisa e incondizionata, balza fuori dal “contenente” – che, appunto, si arresta alle porte dell’ordinamento interno – e ivi penetra, *spiegando efficacia diretta*.

Ed attenzione, perché qui c’è un primo marcatore di differenza fra ‘noi’ e ‘loro’, fra il nostro e il loro (quello europeo) sistema delle fonti del diritto: lo stesso – diretta efficacia, obbligatorietà, prevalenza – vale per le sentenze della CGUE che chiariscono-attribuiscono significati a quelle norme, che, cioè, meglio definiscono le (già chiare) norme sovranazionali. Quelle *interpretationes*, infatti, non si limitano a concretizzare-applicare la disposizione, *ma integrano e completano la norma ivi ricoverata*, e, di conseguenza, partecipano del suo statuto di validità. Sul punto torneremo a breve (*infra* § 3).

2. Legalità, processo penale e normativa eurounitaria.

Sul versante del diritto processuale penale, l’orizzonte non è mai stato troppo terso, e le regole d’ingaggio fra disposizioni unioniste e disciplina domestica non troppo condivise. Questo perché la legalità processuale penale, che già a livello nazionale vive – per lo meno *in action* – in una dimensione debole o mobile¹⁴, nel sistema sovranazionale è sostanzialmente inesistente: nella visione delle Alte Corti europee, infatti, le regole processuali sono congegni neutri¹⁵, servono ad accertare e applicare figure incriminatrici, a “operativizzare” precetti e sanzioni, *sono pura procedura*; e, come tali, possono essere sottratte alle garanzie della legalità sovranazionale (irretroattività e retroattività *in mitius*, riserva di legge)¹⁶.

Certo, pure questo *trend* non è affatto nuovo, avendo gli interpreti europei ripetutamente ostentato la loro visione (seccamente, integralmente) “a-valoriale” del

¹³ V. per es. P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell’Unione europea*², Padova, 2006, 141 ss.; F. POCAR, *Diritto dell’Unione europea*¹¹, Milano, 2010, 276 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*⁶, Padova, 2010, 146 ss., 174 ss.

¹⁴ M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 181 ss.; N. GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in CP, 1999, 1989 ss.; S. LORUSSO, [Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice](#), in questa Rivista, 10 giugno 2015, 1 ss.; O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA.VV., *Procedura penale*³, Torino, 2014, 47 ss.; D. NEGRI, *Corte europea e iniquità del giudicato penale. I confini della legalità processuale*, in DPP, 2007, 1229 ss.

¹⁵ S. ALLEGREZZA, *Il caso “Pupino”: profili processuali*, in F. SGUBBI, V. MANES, *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, 53 ss., 71 ss.

¹⁶ V. ad es., *ex multis*, le oramai celeberrime Corte EDU, 22 giugno 2000, *Coëme et al c. Belgio*, in www.echr.coe.int; CGUE, GS, 16 giugno 2005, *M. Pupino*, <http://curia.europa.eu>.

processo penale, emblematicamente rappresentata, fra l'altro, dal caso Pupino: in occasione del quale la CGUE autorizzava – o meglio, compulsava – il giudice rinviante a superare i limiti logici degli enunciati scritti *ex artt.* 392, 398 c.p.p. (lettura *contra legem*..), comprimendo il diritto di difesa dell'accusato (..ed *in malam partem*), per conformare il sistema processuale interno a regole *non* auto-applicative di cui s'ammetteva apertamente la genericità¹⁷.

Qui, in effetti, il giudice del rinvio, ritenendo di *non* poter disporre l'audizione anticipata e "protetta" dei minori abusati *senza fare analogia*¹⁸, dubitava della legittimità (sub-)costituzionale delle regole *ex artt.* 392, n. 1-*bis*, 398, n. 5-*bis* c.p.p., ritenendole confliggenti la decisione quadro 2001/220/GAI sulla posizione delle vittime, specie se particolarmente vulnerabili, nel processo penale. La CGUE, dal canto suo, dopo avere precisato che, trattandosi di regole processuali (e non già sostanziali), non si poneva un problema di *nullum crimen*¹⁹, e pur ammettendo che l'obbligo-principio di interpretazione conforme non avrebbe potuto spingersi sino a letture *contra legem* del diritto nazionale²⁰, affermava che le disposizioni della predetta decisione quadro *impongono* che vi sia «la possibilità, per le vittime particolarmente vulnerabili, di utilizzare una procedura speciale, come l'incidente probatorio diretto all'assunzione anticipata della prova, prevista nell'ordinamento di uno Stato membro, nonché le modalità particolari di deposizione pure previste»²¹, rammentando al giudice nostrano il suo dovere di «prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso», e d'interpretarle alla luce della lettera-scopo del suddetto atto eurounitario²². Questo il messaggio consegnato all'interprete domestico, insomma: bisognava giustiziare il conflitto con la disciplina UE anche a costo di fare analogia, o, se si preferisce, bisognava disapplicare il c.p.p. a vantaggio della decisione quadro²³. In effetti, se sarebbe stata impudicamente analogica l'estensione degli artt. 392, co. 1-*bis*, 398, n. 5-*bis*, c.p.p. a ipotesi di reato ivi non catalogate²⁴, pure la soluzione proposta dall'Avv. Gen. Kokott, e richiamata dalla CGUE²⁵ (includere nella nozione di "altro grave impedimento" *ex art.* 391, co. 1, c.p.p. il «peggioramento delle facoltà mnemoniche e la sofferenza psicologica dei bambini» causati da un interrogatorio dibattimentale)²⁶, pareva forzare il dato testuale. Breve: la sensazione è che la CGUE, applicando la "formula Pfeiffer" (scrutinio della legge nazionale "as a whole"), abbia in realtà sollecitato il giudice a "riscrivere" il codice processuale, finendo per conferire efficacia diretta all'atto normativo unionista²⁷.

La *weakness* della legalità processuale penale europea, poi, è emersa ancor più prepotentemente col caso Melloni, ed ha costituito l'espedito per imprimere una

¹⁷ CGUE, GS, 16 giugno 2005, M. Pupino, cit., §§ 50 ss.

¹⁸ CGUE, GS, 16 giugno 2005, M. Pupino, cit., § 17.

¹⁹ CGUE, GS, 16 giugno 2005, M. Pupino, cit., §§ 45-46.

²⁰ CGUE, GS, 16 giugno 2005, M. Pupino, cit., § 47.

²¹ CGUE, GS, 16 giugno 2005, M. Pupino, cit., § 56.

²² CGUE, GS, 16 giugno 2005, M. Pupino, cit., § 61.

²³ Così anche R. CALVANO, *Il caso Pupino: ovvero l'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processo penale), diritto UE e diritto comunitario*, in *GCost*, 2005, 4027 ss.

²⁴ Estensione, peraltro, in cui si cimenta Cass., VI, 11 marzo 2008, n. 23705, in *CED Cass.*, 240301.

²⁵ CGUE, GS, 16 giugno 2005, M. Pupino, cit., 48.

²⁶ Conclusioni dell'Avv. Gen. Kokott – causa C-105/03, in <http://curia.europa.eu>, §§ 39-40.

²⁷ Così, pressoché testualmente, V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., 26 ss.

svolta normo-culturale sul modo d'intendere la stessa dottrina dei contro-limiti²⁸. La vicenda è nota agli addetti ai lavori. La Corte costituzionale spagnola, per mera cortesia istituzionale²⁹, chiedeva alla CGUE se fosse o meno autorizzata a *non* applicare il diritto eurounitario (la decisione quadro sul MAE) in tanto in quanto confliggente coi diritti costituzionali (nello specifico, col diritto a un processo equo *ex* art. 24, co. 2, Cost.)³⁰. Il Tribunale iberico, insomma, domandava se potesse (continuare a) praticare il meccanismo dei contro-limiti, applicando il più elevato *standard* di tutela previsto dal sistema domestico: come del resto stabilisce l'art. 53 CDFUE (e l'art. 53 CEDU)³¹.

La Curia lussemburghese, sorprendentemente, rispondeva picche: se si consentisse a uno Stato di «ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione [...] sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione», ne deriverebbe una lesione «del principio del primato del diritto dell'Unione [e] dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci»³².

Questa la – violenta, tranciante – *ratio decidendi* del caso Melloni, dunque: *primauté*, effettività e unità del diritto UE *vincono* sui diritti costituzionali basici. Quasi fossimo tornati di colpo agli anni '60.

Si rivelava così il lato oscuro della cd. europeizzazione dei contro-limiti: i principi del rispetto delle identità politico-strutturali nazionali (art. 4, co. 2, TUE), dei diritti basici costituzionali (art. 6, co. 3, TUE) e delle diversità giuridico-culturali degli Stati (art. 67, co. 1, TFUE) – che poi, in sostanza, significa rispetto dei principi-diritti costituzionali supremi da sempre sottratti alla *primauté* – una volta assurti al rango di *Primarrecht* eurounitario, ben potevano essere maneggiati *anche* dalla Corte di Giustizia: che quindi ben poteva *bilanciarli* con altri contro-principi di diritto originario UE (effettività, uniformità, prevalenza) e, di qui, giudicarli *soccombenti* rispetto a questi ultimi³³.

²⁸ A. BERNARDI, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, in G. GRASSO et al. (cur.), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, 221 ss.

²⁹ In questo senso, condivisibilmente, F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo sul caso Melloni*, in questa Rivista, 9 marzo 2014.

³⁰ Che, nell'interpretazione della medesima Corte costituzionale, attribuisce al contumace il diritto di impugnare la sentenza pronunciata *in absentia*: CGUE, GS, 26.2.2013, S. Melloni c. Ministerio Fiscal, in <http://curia.europa.eu>. In argomento v., fra gli altri, C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in questa Rivista, 4 luglio 2013; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il caso Melloni*, *ivi*, 7 giugno 2013; T. E. EPIDENDIO, *Il caso Melloni: il nodo irrisolto del massimo standard di tutela dei diritti fondamentali*, in QC, 2013, 451 ss.; V. FAGGIANI, *La sentenza Melloni: il Tribunal Constitucional si arrende al primato del diritto dell'UE*, in QC, 2015, 445 ss.; T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in PPGiust, 3/2014, 1 ss.; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in DUE, 2013, 399 ss.

³¹ CGUE, GS, 26.2.2013, S. Melloni c. Ministerio Fiscal, cit., §§ 26, 55 ss.

³² CGUE, GS, 26.2.2013, S. Melloni c. Ministerio Fiscal, cit., §§ 58-59, 63.

³³ Sul punto, v. ancora le lucide osservazioni di A. BERNARDI, *Ombre e luci*, cit., 221 ss.

Il caso Melloni, del resto, anticipa e dà la stura al recentissimo *affaire Taricco*³⁴, che del primo replica struttura e dilemmi³⁵: pure qui, infatti, si trattava – e si tratta – di stabilire se sacrificare, in nome della primazia del diritto UE, il più elevato *standard* (individual-)garantista riconosciuto a livello domestico.

Tuttavia, rispetto al caso spagnolo, ove si restava dentro il perimetro di una legalità flessibile (pacificamente processuale, appunto), quello nostrano rischia di costituire un vero punto di rottura, proprio perché non c'è accordo sulla natura delle disposizioni che entrano in gioco: che sono processo per loro, e sostanza per noi.

E l'alternativa (dentro o fuori la legge-fattispecie incriminatrice), si sa, ha ricadute dirompenti in termini di garanzie (dentro o fuori la legalità penale).

Tutto è cominciato da un'intuizione – amara, accorata, romantica – del GUP di Cuneo, che non voleva arrendersi all'idea di trovarsi a giudicare fatti (gravi frodi IVA) destinati a restare impuniti; «esito scandaloso», questo, dovuto all'interazione fra la complessità delle investigazioni *in subiecta materia*, le garanzie del sistema accusatorio e la disciplina della prescrizione *post* legge n. 251/2005 (“ex Cirielli”)³⁶. E così, stretto fra le maglie di un sistema eccessivamente indulgente e cialtrone, il giudice cuneese intravedeva la “ricetta contro l'impunità” in Europa e nelle sue logiche plutocratiche³⁷ e general-preventive³⁸; ed abbiamo detto “intravedeva” perché, in effetti, *nessuno* dei parametri di legittimità eurounitaria battezzati dall'interprete piemontese era utile all'obiettivo prefisso (disapplicare la regola *ex* art. 160, co. 3, c.p.)³⁹: se fosse stata una questione di legittimità costituzionale, insomma, sarebbe probabilmente sfociata in una declaratoria d'inaammissibilità⁴⁰. Ma tant'è. La CGUE aggiustava disinvoltamente il tiro: le regole UE

³⁴ CGUE, GS, 8 settembre 2015, Taricco e altri, in <http://curia.europa.eu>.

³⁵ Così anche F. VIGANÒ, [Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?](#) in questa Rivista, 14 settembre 2015, 1 ss.

³⁶ [GUP Cuneo \(Dott. A. Boetti\), ord. 17 gennaio 2014](#), in questa Rivista, 7 febbraio 2014.

³⁷ Così, a proposito del diritto CGUE, O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in DUE, 2009, 1 ss; v. altresì, volendo, V. VALENTINI, *Marktradikalismus addio? Diritto penale e (in)sicurezze dei consumatori di cibo dopo il Trattato di Lisbona*, in RTDPE, 2012, 323 ss.

³⁸ Sulla deriva securitarista e repressiva dell'attuale politica criminale europea, cfr. A. M. RODRIGUES, *O Direito Penal europeu emergente*, Coimbra, 2008, 120 ss.; E. HERLIN-KARNELL, *The Lisbon Treaty. A critical analysis of its impact on EU criminal law*, in EUCRIM, 2/2010, 59 ss. Denunciavano il rischio di espansione del penale-diminuzione delle garanzie insito nella “europeizzazione” della giustizia penale, fra gli altri, già M. PIETH, *Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Kriminalität*, in ZStW, 109, 1997, 756 ss.; P.-A. ALBRECHT, S. BRAUM, *Defizite europäischer Strafrechtsentwicklung*, in KritV, 1998, 464 ss.; W. HASSEMER, «Corpus iuris»: *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?*, *ivi*, 1999, 133 ss.; T. WEIGEND, *Zur Frage eines «internationalen» Allgemeines Teils*, in FS Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, 1375 ss.; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *Crítica al los principios inspidadores del pretendido «derecho penal europeo»*, in V. GÓMEZ MARTÍN, S. MIR PUIG, M. CORCOY BIDASOLO (cur.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, 121 ss.

³⁹ Quei parametri, infatti, erano assolutamente eccentrici rispetto al *case* (artt. 101, 107 e 119 TFUE) o, comunque, erano – e sono – cristallizzati in discipline UE non auto-applicative (direttiva 2006/112/CE): cfr. P. FARAGUNA, P. PERINI, [L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'Appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controllimiti](#), questa Rivista, 30 marzo 2016; F. ROSSI DAL POZZO, [La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia?](#), *ivi*, 7 febbraio 2014;

⁴⁰ Avanza qualche perplessità anche sulla ricevibilità dei quesiti pregiudiziali da parte della CGUE C. AMALFITANO, [Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta di valore aggiunto?](#), in questa Rivista, 22 settembre 2015, 1 ss., § 2.

che entravano in gioco sottotraccia, in realtà, erano essenzialmente quella *ex art. 325 TFUE* e, ancor prima, quella *ex art. 4, co. 3, TUE* “agganciata” alla direttiva IVA, le quali obbligano gli Stati a lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari UE⁴¹ mediante misure (dissuasive e) effettive⁴²; perciò, qualora il giudice domestico – seguitava la Corte – dovesse mai «concludere che dall’applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegue, in un numero considerevole di casi, l’impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave», dovrebbe constatare il conflitto con quegli obblighi *self-executing* (perché imposti «dal diritto primario dell’Unione») e, per l’effetto, disapplicare quelle disposizioni interne, infliggendo pene per reati già estinti⁴³. Né uno scenario del genere, sempre nell’ottica della CGUE, potrebbe pregiudicare il diritto (del reo) alla prevedibilità-irretroattività della risposta punitiva, posto che le regole domestiche, *essendo meramente processuali*, non sono coperte nel *nullum crimen*, e la loro paralisi avrebbe solo «l’effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell’ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare [...] la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare [...] gli interessi finanziari dell’Unione e quelli della Repubblica italiana»⁴⁴. Morale: nessuna punizione a sorpresa, perché l’accusato, che non vanta il diritto di fare affidamento sull’immutevolezza delle regole processuali vigenti al *tempus delicti*, verrebbe condannato per fatti che, in quel tempo, «integravano [...] gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste»⁴⁵.

Ora, ciò che desta stupore, per non dire allarmi (rossi), non è tanto che la Corte di Giustizia si affidi alle valutazioni (sistematiche, scientifiche, politico-sanzionatorie, etc.) del giudice interno, anziché demandargli la risoluzione “meccanicistica” di

⁴¹ A cominciare dalle gravi frodi IVA, che rientrano a pieno titolo nella nozione *ex art. 1 Conv. PIF*, e che costituiscono senz’altro fatti “di rilevanza eurounitaria”: CGUE, GS, 8 settembre 2015, *Taricco et al*, cit., §§ 38-41.

⁴² CGUE, GS, 8 settembre 2015, *Taricco e altri*, cit., §§ 3 ss., 34 ss.

⁴³ CGUE, GS, 8 settembre 2015, *Taricco e altri*, cit., §§ 47-52.

⁴⁴ CGUE, GS, 8 settembre 2015, *Taricco e altri*, cit., §§ 53-58.

⁴⁵ CGUE, GS, 8 settembre 2015, *Taricco et altri*, cit., 56

un'antinomia fra regole⁴⁶; questo, in effetti, l'interprete comunitario lo fa assai spesso⁴⁷, e, per la verità, non è il solo⁴⁸.

Riteniamo un falso problema, poi, anche quello della vaghezza delle *disposizioni* di cui la CGUE predica l'applicazione diretta, posto che, come già evidenziavamo in altra sede⁴⁹, ciò che penetra e vincola l'ordinamento domestico sono le *norme* che le Alte Corti cavano da quegli enunciati scritti: e, tali norme, tutto sono meno che imprecise⁵⁰. Piuttosto, è straordinaria indeterminatezza dei parametri cui la CGUE condiziona la disapplicazione del termine massimo *ex artt.* 160, 161 c.p. (gravità della frode; pregiudizio degli interessi finanziari UE; impunità penale in un numero considerevole di casi) a essere problematica, giacché attribuisce al giudice domestico un margine di manovra ai limiti dell'accettabile⁵¹. Tutto ciò senza contare che l'interprete nazionale dovrà pure stabilire se la regola dettata dalla CGUE si riferisca alla sola incriminazione che entrava in gioco nella vicenda concreta (art. 2 d. lgs. 74/2000), oppure coinvolga qualsiasi altro illecito che

⁴⁶ Così, invece, L. EUSEBI, [Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore](#), in *questa Rivista*, 10 dicembre 2015, 1 ss. Pure nel fatto che l'art. 325 TFUE sia una norma non (specificamente) penale che si rivolge agli Stati (e non ai giudici), in effetti, non rileviamo eclatanti anomalie: vuoi perché l'art. 325 TFUE concerne tutte le sanzioni statali, ivi incluse quelle penali, al punto che una parte della dottrina ravvisa in quella disposizione la base legale che legittima interventi punitivo-penali diretti (via Regolamenti) da parte dell'Unione (v. A. VENEGONI, [La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi](#), in *questa Rivista*, 20 ottobre 2015, 1 ss.); vuoi perché, ovviamente (e banalmente), spetta al giudice comune, mediante controllo diffuso, rimediare alle inadeguatezze-violazioni legislative acclamate a Lussemburgo.

⁴⁷ Oltre alla già citata CGUE, GS, 16 giugno 2005, M. Pupino, §§ 47,61, v. ad es. CGUE, 6 ottobre 2015, Orizzonte Salute, in <http://curia.europa.eu> (tributi giudiziari); CGUE, ord. 12 giugno 2008, Vasilakis e altri, *ivi* (sanzioni effettive in materia di abuso nella contrattazione pubblica); CGUE, GS, 18.12.2014, International Stem Cell, *ivi* (brevettabilità di partenoti umani). Ha quindi ragione da vendere, sullo specifico punto, F. VIGANÒ, [Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: quale riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco](#), in *questa Rivista*, 9 maggio 2016, 1 ss., 14, *ivi* con ulteriori richiami giurisprudenziali.

⁴⁸ Sulla "protagonizzazione" del giudice comune da parte della Consulta, anche ma non solo nella gestione delle questioni intertemporali, V. MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge cd. "Finì-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2014, 215 ss. Del resto, basti solo pensare alla sentenza con cui la medesima Corte innestava nel sistema la cd. revisione europea, il cui vaglio di ammissibilità veniva appaltato *in toto* al giudice ordinario (Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, in www.cortecostituzionale.it, spec. § 8), oppure al recentissimo – e discussissimo – arresto sulla confisca urbanistica, ove il giudice comune viene sollecitato a praticare il meccanismo dei contro-limiti valutando la presenza-assenza di un "diritto consolidato" (*infra*, § 6).

⁴⁹ V. VALENTINI, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *RIDPP*, 2014, 285 ss., 299 ss.

⁵⁰ Diversa l'opinione di P. FARAGUNA, P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità*, cit., 4 s.

⁵¹ In questo senso, sostanzialmente, anche V. MANES, [La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti](#), in *questa Rivista*, 6 maggio 2016, 1 ss., 7, 9 s. G. CIVELLO, [La sentenza "Taricco" delle Corti di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato](#), in www.archiviopenale.it, 3/2015, 1 ss.; G. SALCUNI, [Legalità europea e prescrizione del reato](#), *ivi*, 1 ss. In particolare, sull'oscurità del parametro del "numero considerevole di casi gravi", suscettibile di letture astratto-sistemiche (avendo riguardo a tutti processi italiani pendenti) oppure concreto-individualistiche (assumendo come punto di riferimento il singolo caso scrutinato dal giudice), S. MANACORDA, [La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco](#), *ivi*, 1 ss. Per una prima applicazione del parametro della "gravità" della frode, v. [Cass., IV, 25 gennaio 2016, n. 7914, Tormenti e altri](#), in *questa Rivista*, 3 marzo 2016, con nota di A. Galluccio.

implica un'evasione (grave) dell'IVA, e quale sia il termine prescrizione eventualmente applicabile – si perdoni il bisticcio – dopo la disapplicazione.

Né ci pare così bizzarro, anzi era affatto prevedibile, che la CGUE considerasse sottratta ai presidi della legalità penale la disciplina della prescrizione: proprio perché il *nullum crimen* europeo, da che mondo è mondo, copre esclusivamente tipicità e corredi sanzionatori (“le disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono”), con esclusione di tutto ciò che esula dal fatto *stricto sensu* inteso⁵²; figuriamoci, quindi, gli istituti a cavaliere fra diritto e processo (come la prescrizione, appunto) e le regole incontestabilmente processuali⁵³.

Tutto sommato, e per finire, era anche attesa – e desiderabile – la decisione con cui la Corte d'Appello di Milano⁵⁴, giudicando di un caso analogo alla “vicenda Taricco”, constatati i differenti raggi di copertura di legalità penale continentale e legalità penale europea (l'uno, a differenza dell'altro, inclusivo della disciplina della prescrizione)⁵⁵, e ritenuto che all'ottemperanza del *diktat* della CGUE ostava il principio *ex art. 25, co. 2, Cost.* «nella estensione attribuitagli dal diritto costituzionale italiano», sollecitava la Consulta a rinviare al mittente l'*input* criminalizzante in nome dello «assetto costituzionale, poizore rispetto agli stessi obblighi di matrice europea»⁵⁶.

Ci chiediamo per inciso: la Curia ambrosiana avrebbe potuto “fare da sé”, azionando direttamente il contro-limite *ex art. 25, co. 2, Cost.*?⁵⁷ Esistono ottime ragioni per ribadire la consueta risposta negativa⁵⁸, ma pure qualche spunto per aprire a scenari nuovi⁵⁹; in ogni caso, l'opzione assiologica sarebbe stata identica: preminenza di Corte e Carta costituzionali su Corti e Carte sovranazionali.

⁵² Con esclusione di tutto ciò che esula dal fatto tipico in senso stretto: cfr. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, 115, a cui ci permettiamo di rinviare.

⁵³ Che, peraltro, soggiacciono al *tempus regit actum* pure da noi.

⁵⁴ Poi seguita da [Cass., III, 30 marzo 2016, Cestari et altri](#), in questa Rivista, 31 marzo 2016.

⁵⁵ Corte cost., 30 luglio 2008, n. 324, in [www.cortecostituzionale.it](#); Corte cost., 23 ottobre 2006, n. 393, *ivi*; Corte cost., 29 luglio 2011, n. 236, *ivi*.

⁵⁶ [App. Milano, II^ Sez., ord. 18 settembre 2015](#), in questa Rivista, 21 settembre 2015, con nota di F. VIGANÒ.

⁵⁷ Che la disapplicazione della disciplina della prescrizione aggredisce da ben tre angolazioni (riserva di legge, irretroattività sfavorevole, tassatività): così, giustamente, V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*, cit., 20 ss.

⁵⁸ Ragioni assiologico-sostanziali connesse al carattere sistemico del bilanciamento (Corte cost., 13 dicembre 2006, ord. n. 454, in [www.giurcost.org](#), *ivi* con ampi auto-richiami; Corte cost., 4 luglio 2007, n. 284, *ivi*; Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in [www.cortecostituzionale.it](#)), ma pure ragioni astratto-formali come quelle proposte da F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti*, cit., 13, il quale si cimenta in un ragionamento “per fonti” ed a *minori ad maius* (se il giudice comune non è autorizzato a disapplicare direttamente una disposizione di legge in ragione della sua incostituzionalità, allora a maggior ragione non potrà non applicare una interpretazione-legge della CGUE, possedendo quest'ultima una forza-rango maggiore della legge).

⁵⁹ A parte un noto precedente (CdS, V, 19.4.2005, Federfarma, fra l'altro in [www.giurcost.org](#)), val la pena rilevare come il monopolio della Consulta sul meccanismo dei contro-limiti sia frutto di una (auto-)attribuzione *non formalmente vincolante*, esattamente come non è formalmente vincolante il conferimento di un rango (sub) e (para-)costituzionale, rispettivamente, alla normativa CEDU e al diritto UE: sul punto, ci permettiamo di rinviare a V. VALENTINI, *Case-law convenzionale*, cit., 313 ss.

Ciò che desta perplessità, piuttosto, è la disinvoltura con cui la III^a Sezione della Cassazione, ritenendo che non vi fossero ragioni per sollevare una questione di costituzionalità, giacché era «evidente la mancanza di contro limiti e di dubbi ragionevoli sulla compatibilità degli effetti della imposta disapplicazione con le norme costituzionali italiane» (*sic!*), disapplicava il combinato disposto *ex artt.* 160, co. 3, sec. periodo, 161, co. 2, c.p., aprendo alla condanna per reati già prescritti⁶⁰.

Ebbene, nonostante abbia – sulle prime, e maldestramente – provato a nascondere mistificando la casistica costituzionale⁶¹, la Suprema Corte *finiva per (parzialmente) europeizzare la legalità penale*, espungendo dal relativo ambito operativo la disciplina della prescrizione: che infatti, sul finire dell’arresto, diventava d’incanto un istituto di «natura squisitamente processuale»⁶², come tale estensibile in via analogica⁶³.

⁶⁰ [Cass., III, 15 settembre 2015, n. 2210](#), in *questa Rivista*, 22 gennaio 2016, con scheda di F. Viganò. Segnala la “allergia” della III^a Sezione della Cassazione all’istituto della prescrizione e ai valori ad esso sottesi, manifestatasi ieri col rifiuto di adeguarsi alla “sentenza Varvara” (che ci vietava di applicare una pena “in senso europeo” a reati già prescritti) e oggi mediante il riconoscimento della diretta vincolatività della “sentenza Taricco” (che, invece, ci ha imposto di applicare una pena liberticida a reati già prescritti), A. DELLO RUSSO, [Disorientamenti sulla prescrizione dei reati fiscali a rilievo europeo tra Corte di Giustizia, Corte di Cassazione e giudici di merito](#), in [www.archiviopenale.it](#), 3/2015, 1 ss.

⁶¹ Ribadendo in modo ossessivo che, *anche secondo la giurisprudenza della Consulta*, e in particolare secondo quanto affermato nella sentenza n. 236 del 2001, la norma *ex artt.* 160, co. 3, 161, co. 2, c.p. resta sottratta alle garanzie della legalità penale («non gode della copertura della citata norma costituzionale di cui all’art. 25 [...] non è coperta dalla tutela dell’art. 25 Cost.[...] non è dotata della copertura costituzionale dell’art. 25 Cost. [...] non è coperta dall’art. 25 Cost.»: Cass., III, 15 settembre 2015, n. 2210, cit., §§ 17, 20, 22), e ciò indipendentemente dalla natura – sostanziale o processuale – che si voglia attribuire alla fattispecie estintiva (§ 17). Peccato, però, che in quella come in molte altre occasioni, la Consulta abbia affermato l’esatto contrario: che, cioè, la prescrizione ha natura sostanziale e, quindi, soggiace ai principi di riserva di legge, irretroattività, e retroattività *in mitius*: v. ad es. Corte cost., 23 ottobre 2006, n. 393, in [www.giurcost.org](#), § 4; Corte cost., 8 novembre 2006, n. 394, *ivi*, § 6.1.; Corte cost., 19 luglio 2011, n. 236, *ivi*, § 10. In quest’ultimo caso, più in particolare, la Consulta veniva richiesta di scrutinare la legittimità dei limiti all’applicazione retroattiva della più favorevole disciplina della prescrizione *ex lege* 251/2005 (“*ex Cirielli*”), perché, *medio tempore*, la retroattività *in mitius*, grazie al caso Scoppola, era assunta al rango di diritto individuale sub-costituzionale; la costituzionalità di quello sbarramento, perciò, andava (ri-)scrutinata anche in relazione all’art. 117 Cost., giacché tale *test* «non è[ra] stato effettuato con la sentenza n. 393 del 2006» (“Ritenuto in fatto”, § 1). Ecco il punto: al Giudice delle leggi si chiedeva di stabilire se i limiti all’applicazione retroattiva della disciplina migliorativa (art. 10, co. 3, l. 251/2005) fossero compatibili col principio di retroattività *in mitius* così come previsto/declinato nel sistema CEDU, e perciò, come tale, rilevante *ex art.* 117 Cost.; ed ecco perché la Consulta, una volta constatato che la *lex mitior* europea copre esclusivamente fattispecie tipiche e corredi sanzionatori, ha ritenuto irrilevante la questione della natura della prescrizione. Secondo la Corte, insomma, la censura *ex art.* 117 Cost., radicata sul conflitto con la normativa CEDU, non coglieva nel segno, giacché l’istituto della prescrizione, «indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale che gli attribuiscono i diversi ordinamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dall’art. 7» CEDU (§ 15). Beve: lungi dal qualificare la prescrizione come istituto di natura processuale, e lungi dal ritenere tale natura – sostanziale, appunto – ininfluenza agli effetti dell’applicazione dei principi intertemporali penali (§§ 10, 14), la Corte si è limitata a rilevare come il riferimento alla normativa convenzionale era inutile allo scopo; uno scenario, questo, *completamente diverso* da quello descritto dalla Suprema Corte. In questo senso, sostanzialmente, anche L. BIN, [La prima sentenza “post Taricco” della Cassazione](#), in [www.archiviopenale.it](#), 1/2016, 1 ss.

⁶² Cass., III, 15 settembre 2015, n. 2210, cit., § 23.

Stando così le cose, la Corte di Cassazione poteva pure risparmiarsi (velleitari, archeologici) artifici retorici di matrice anglosassone, segnalando, nel tentativo – ancora una volta maldestro – di eludere la violazione del divieto di retroattività, il carattere “meramente dichiarativo” dell’interpretazione della CGUE⁶⁴: una volta inquadrata fra gli istituti di diritto processuale, infatti, la prescrizione poteva pianamente essere sottoposta al *tempus regit actum*.

Una scelta di campo, dunque. E una scelta senz’altro praticabile, posto che, come sappiamo tutti, le indicazioni interpretative del Giudice delle leggi, come quelle in punto di natura (sostanziale, appunto) della prescrizione, oppure di contenuti (destinatari, resistenza, margine operativo) della legalità penale, non sono formalmente vincolanti; il giudice comune, insomma, può pensarla diversamente⁶⁵.

Ci chiediamo, però: oggi è toccato alla prescrizione, congegno dalla natura ancipite e dalla *ratio* sfuggente che, per com’è disciplinato da noi, fa più danni (anche economici) che altro⁶⁶; del resto, siamo ancora molto lontani dal “nucleo duro” dell’illecito⁶⁷, rispetto al quale nessuno dubita che il potenziale reo vanti il diritto a essere (chiaramente e) “anticipatamente” informato.

Qui e ora, in effetti, l’unico argomento ragionevolmente spendibile a sostegno della sottrazione della prescrizione dalle garanzie *ex art. 25 Cost.*⁶⁸, sembra essere quello che

⁶³ L’estensione del termine previsto per gli illeciti *ex artt. 51, co. 3-bis e 3-quater, c.p.* alle “redivive” frodi IVA (Cass., III, 15 settembre 2015, n. 2210, cit., §§ 13, 23), all’evidenza, è frutto di un ragionamento limpidamente analogico. A differenza di quanto asserisce Cass., III, 15 settembre 2015, n. 2210, cit., §§ 20-22, dunque, (anche) la questione della natura (sostanziale o processuale) della prescrizione assume un rilievo decisivo, posto che le regole di diritto penale materiale sono insuscettibili di estensione analogica: in questo senso, acutamente, C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto*, cit., § 6.

⁶⁴ Cass., III, 15 settembre 2015, n. 2210, cit., § 20, ove si legge che «[l’]interpretazione della Corte di Giustizia U.E. è [...] di natura dichiarativa, non creativa, quindi si intende che interpreti le norme comunitarie come sono in origine al momento della loro approvazione. Pertanto, portata e senso delle interpretazioni sono applicabili retroattivamente anche per leggi degli Stati membri emanate in momenti compresi tra la data della norma comunitaria e la sentenza della Corte [...]». Sul tramonto della *declarative theory* anche nel sistema europeo di *common law*, v. ad es. R. CARD, R. CROSS, P.A. JONES, *Criminal law*¹⁸, Oxford, 2008, 16.

⁶⁵ V. VALENTINI, *Case-law convenzionale*, cit., 313 ss.

⁶⁶ Sia in termini di spreco di risorse umane e processuali, sia in termini risarcitori: v. ad es., da ultimo, la sentenza pilota-apripista Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, in *www.echr.coe.int*. Se dunque può concordarsi, in generale e in teoria, sulla dignità funzionale e politico-criminale della prescrizione, di certo l’istituto *ex artt. 157 ss. c.p.*, nella sua attuale configurazione *on the books*, non esibisce tali virtù.

⁶⁷ Così, a proposito del rapporto fra disciplina della prescrizione e (possibili deroghe alla) *lex mitior*, G. DODARO, *Disciplina della prescrizione e retroattività della norma più favorevole*, in *RIDPP*, 2006, 1135 ss. Sdrammatizza la sentenza Taricco, affermando che la prescrizione del reato (come pure il MAE) è istituto che non attinge-incarna le “identità nazionali” *ex art. 4 TUE*, E. LUPO, [La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale](#), in *questa Rivista*, 29 febbraio 2016, 1 ss.

⁶⁸ Al di là di quello (formale, e formalistico) che s’appunta sulla sua (asserita) natura processuale: cfr. ad es. A. VENEGONI, [Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell’Unione e il diritto penale nazionale](#), in *questa Rivista*, 30 marzo 2016, 1 ss., secondo cui lo stesso legislatore domestico, ponendo limiti all’efficacia retroattiva della più favorevole disciplina della prescrizione *ex lege* 251/2005, avrebbe

ne valorizza la (innegabile, auto-evidente) estraneità alla/distanza dalla *Bestimmungsnorm*. Si tratta di un argomento forte e autorevolmente sostenuto: l'affidamento soggettivo tutelato dalla legalità penale abbraccia il “se” e il “quanto” si verrà puniti, ma non anche il tempo necessario a maturare la fattispecie estintiva, trattandosi di un’aspettativa-calcolo – di fatto praticabile e praticato, ma – “non meritevole di tutela”⁶⁹. A tanto, potremmo anche aggiungere che, visto che la dimensione ordinamentale del nostro principio (legalità come monopolio della legge nazionale sulla materia penale) è speculare e *servente* quella umanistico-individuale (legalità come diritto fondamentale alla conoscenza del “trattamento punitivo”: *infra*, § 3); e posto che, appunto, dall’oggetto di quel diritto basico esulerebbe la prescrizione, allora, per logica conseguenza, verrebbe meno pure l’esigenza di ribadire la necessaria soggezione a riserva di legge (e irretroattività, e divieto di analogia): con ciò aprendo a possibili *modifiche peggiorative e retroattive* non solo in via legislativa, *ma anche giudiziale*⁷⁰. Detto altrimenti: se il *vero e unico senso* del monopolio parlamentare sui presupposti della responsabilità penale sta nella *Vertrauensschutz*, e perciò, in sostanza, nella tutela della libertà di autodeterminazione, va da sé che, qualora uno di quei presupposti non rientri nel fuoco dello “affidamento protetto”, allora *non avrebbe più senso* ricondurlo a quel monopolio. Ora, a rilievi del genere, ci par possibile replicare rammentando che la tutela delle libere scelte d’azione *non esaurisce la cifra individual-garantista* della riserva di legge e, più in generale, della legalità penale: quella riserva, infatti, riflette anche una non

confermato trattarsi d’istituto processuale o, comunque, “non indubitabilmente di natura sostanziale”. A tanto, però, è agevole replicare come altro sia la legalità penale e, nello specifico, la sua curvatura intertemporale (garanzia soggettiva, in quanto tale *indubbiamente* inderogabile); ben altro, invece, la retroattività *in mitius*, che vanta diversi fondamenti (uguaglianza, funzione rieducativa, diritto penale del fatto) e possiede una diversa “forza di resistenza” (*indubbiamente* derogabile-limitabile, come conferma, a tacer d’altro, la regola *ex art. 2, co. 4, c.p.*): V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 3 ss., 207 ss., 222 ss. Breve: lo sbarramento retrospettivo *ex art. 10, l. 251/2005* non dimostra affatto la natura processuale della prescrizione; si è trattato, più banalmente, di una limitazione consentita dallo “statuto di validità” del principio intertemporale (la *lex mitior*, appunto) che entrava in gioco in quell’occasione, *e non anche nel caso Taricco*. Privata di efficacia dimostrativa della natura “non materiale” della prescrizione, poi, è anche la circostanza che lo Stato italiano abbia sottoscritto il Quarto Protocollo della Convenzione sull’estradiizione del ‘57, con ciò accettando «il principio per cui il decorso della prescrizione nello Stato richiesto non impedisce la consegna della persona allo Stato richiedente» (testualmente, Cass., III, 15 settembre 2015, n. 2210, cit., § 19); la compatibilità di quella disposizione protocollare con l’art. 25, co. 2, Cost., infatti, è tutta da dimostrare: così F. VIGANÒ, [La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA](#), in questa Rivista, 22 gennaio 2016, § 6.

⁶⁹ In questo senso, evocando il pensiero di C. Roxin, F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 21 ss., il quale, ammettendo – ma non concedendo – che esista un diritto dell’individuo all’immutabilità *in peius* della disciplina prescrizionale, finisce per proporre la collocazione fra le garanzie *ex artt. 111 Cost., 6 CEDU*, anziché fra quelle *ex art. 25 Cost.* Per una variante dell’argomento in discorso, v. P. FARAGUNA, P. PERINI, *L’insostenibile imprescrittibilità del reato*, cit., 11 ss., i quali, partendo da una lettura “riduzionistica” del controlimite *ex art. 25 Cost.* (è solo il suo «nucleo più ristretto ed essenziale» può e deve essere sottratto alla *primauté*), escludono la disciplina della prescrizione da quel “nucleo minimo”.

⁷⁰ È del resto questo l’epilogo auspicato da F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 4 ss., di lì a poco seguito dalla III^a Sezione S.C. Il tutto sempre che il termine prescrizionale non sia già spirato al momento della (pubblicazione della) sentenza-legge del giudice europeo, nel qual caso sussistendo un “diritto quesito” dell’imputato: così anche Cass., IV, 25 gennaio 2016, n. 7914, cit.

meno basilare istanza di *controllo democratico* sull'uso del potere punitivo⁷¹, oltre a – e prima che – l'assetto istituzionale dello Stato di diritto (separazione dei poteri)⁷².

Ma domani?

Toccherà pure alle scriminanti, alle scusanti e alle circostanze, alle cause di non punibilità, magari a quella *ex art. 131-bis c.p.*, o, comunque, a qualche altro elemento estraneo al fatto tipico (e alla sanzione) in senso stretto?⁷³

Ancora. Oggi è toccato alle frodi IVA. E domani?

Toccherà anche al riciclaggio e alla corruzione internazionale⁷⁴, e poi ai crimini informatici, al terrorismo e agli abusi di mercato, o, comunque, a qualsiasi altra fattispecie di cui sia predicabile – ed è molto facile, oggi, lo sia – la “rilevanza eurounitaria”⁷⁵?

Infine, e più in generale: ammesso che non valga la pena impegnarsi in una battaglia a difesa della “nostra” prescrizione, siamo così certi che non valga la pena preservare la «vecchia idea di sovranità nazionale» sulla giustizia punitiva⁷⁶, ossia, in sostanza, il monopolio della legge parlamentare nazionale sui presupposti della responsabilità punitiva, per lo meno quelli che esibiscono curvature o effetti sostanziali?⁷⁷

Del resto, se andassimo fino in fondo ed europeizzassimo “senza limiti” la legalità penale, dovremmo non solo ridurre all'osso il *range* applicativo, ma pure rinunciare a (principio di precisione e) riserva di legge in senso formale (*infra*, § 3); e questo, come si diceva poc'anzi, implicherebbe costi *straordinariamente alti* proprio in termini di diritti e garanzie individuali.

Attenzione, quindi: perché si sa quando si parte, ma non si sa (fin) dove si arriva. Come dimostra un recente e fanta-giuridico *output* del Giudice di Pace tarantino: che, cavalcando lo “effetto Taricco”, e sostituendo la logica plutocratica con

⁷¹ Cfr. per tutti F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, 2° e 3° co, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *QG*, 1980, 179 ss., secondo cui riserva di legge e tassatività della descrizione tipica – a sua volta funzionale all'attuazione di altre direttrici costituzionali: obbligatorietà, diritti di difesa – sono tasselli *garantistici* irrinunciabili: antidoti alle istanze di difesa sociale e di giustizia sostanziale, alle politiche criminali emergenziali, ed all'idea, oggi “molto europeistica”, della difesa oltranzista del cittadino-vittima.

⁷² Tanto è vero che lo stesso F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 16 ss., nel difendere la praticabilità della soluzione compulsata dalla CGUE nel caso Taricco, si preoccupa di argomentarne la compatibilità – anche, e anzitutto – con la curvatura ordinamentale del principio *ex art. 25 Cost.*, tentando di dimostrare che la legislazione euro-unitaria sarebbe assistita da quozienti/requisiti di democraticità equivalenti a quella domestica.

⁷³ Preoccupazioni simili in G. CIVELLO, [La prima attuazione della sentenza “Taricco” della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del “minimalismo penale”](#), in [www.archiviopenale.it](#), 1/2016, 1 ss., 9 ss.

⁷⁴ Così V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*:

⁷⁵ Sulla progressiva dilatazione del concetto di “norme di attuazione” del diritto UE, v. da ultimo S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2013, 242 ss.

⁷⁶ Ne dubita fortemente F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti*, cit., 14 ss.

⁷⁷ Per una risposta decisamente positiva, e per le sue buone ragioni, M. LUCIANI, [Il brusco risveglio. I controllimiti e la fine mancata della storia costituzionale](#), in [www.rivistaaic.it](#), 2/2016, 1 ss.

quella vittimocentrica – anch’essa di matrice europea⁷⁸, ha disapplicato la disciplina abrogante *ex d. lgs. 7/2016*, riesumando la figura di ingiuria *ex art. 594 c.p.*, per conflitto con la direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime da reato⁷⁹.

Ora, a parte gli aspetti più strettamente tecnico-giuridici (la direttiva evocata dal giudice onorario, oltre a non essere *self-executing*⁸⁰, riguarda essenzialmente la tutela delle vittime nel e dal processo penale⁸¹, e, perciò, non c’entra davvero nulla con la vicenda scrutinata), sono le implicazioni sistemiche e giuridico-culturali a essere sconcertanti: se qualche collega – magari togato – non ci mettesse una pezza, infatti, sarebbe un vero *event horizon* per legalità e costituzionalismo penali continentali.

3. Legalità penale continentale e legalità penale europea: una sinergia inevitabilmente critica.

Per riprendere le fila del discorso appena abbozzato – e subito abbandonato – al § 1: in Europa c’è un’altra legalità (anche) penale, un altro sistema delle fonti del diritto (anche) penale; e questa legalità diversa non la costruisce l’UE – che si limita a recepirla attraverso il suo interprete – ma la Corte EDU: *i principi basici* (non la parte speciale, ma neppure la parte generale) della giustizia penale europea, insomma, sono sempre stati e continuano a essere declinati dagli interpreti alsaziani, che, a differenza dei colleghi lussemburghesi, hanno a disposizione un catalogo (artt. 5, 6, 7 CEDU) su cui ragionare da – e, quindi, pure un bagaglio ermeneutico su cui contare di – oltre sessant’anni

E sappiamo tutti che la normativa convenzionale, che è un diritto pressoché integralmente giurisprudenziale⁸², fa parte del diritto europolitano originario (*unwritten Primary Law*) da oltre quaranta anni: ieri grazie all’attivismo della CGUE, oggi in base all’espressa formalizzazione di tale “appartenenza” (art. 6, co. 3, TUE). A ciò, non possiamo non aggiungere la clausola *ex art. 52, co. 3, CDFUE*, ossia una regola di diritto UE originario (art. 6, co. 1, TUE) che *impone* alla Corte di Giustizia di attribuire, ai diritti previsti e garantiti dalla CDFUE, lo stesso significato e gli stessi contenuti che la Corte EDU attribuisce ai *corrispondenti* diritti CEDU⁸³. E francamente, se questa non è una “comunitarizzazione” diretta della normativa convenzionale, poco ci manca: è vero,

⁷⁸ Sulle logiche general-preventive e vittimo-sensibili che attraversano la normativa CEDU, sia consentito richiamare V. VALENTINI, *European Criminal Justice and Continental Criminal Law – A Critical Overview*, in *EuCLR*, 2/2011, 188 ss.

⁷⁹ Un breve resoconto dell’arresto del giudice onorario tarantino in *www.lagazzettadelmezzogiorno.it*.

⁸⁰ E, perciò, a non poter giustificare disapplicazioni dirette *ex art. 11 Cost.* della confliggente disciplina domestica.

⁸¹ Esattamente come l’antesignana decisione quadro 2001/220/GAI al centro del caso Pupino: *retro* § 2.

⁸² La Convenzione EDU è composta da un grappolo di disposizioni che, disegnando entità fluide ed elastiche (i diritti umani, appunto), sono di regola altrettanto indeterminate-generiche: sul punto, anche per gli opportuni richiami, ci permettiamo di rinviare a V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d’interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2012, 167 ss.

⁸³ A. ARLOTTA, *La tutela dei diritti dell’uomo a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona: rapporti tra normativa interna e CEDU*, in *GMer*, 2011, 525 ss.

infatti, che l'art. 52, co. 3, CDFUE è norma sull'interpretazione e non sulle fonti, ma è pure vero che, quando si discorre di diritti fondamentali, teoria dell'interpretazione e teoria delle fonti tendono inevitabilmente a confondersi-sovrapporsi l'un l'altra⁸⁴.

In Europa, dunque, c'è una legalità *altra*. In quel sistema, il giudice *makes law*: non si limita a giocare un ruolo concorrenziale nel processo di costruzione dell'ordinamento penale⁸⁵, ma è *autonoma e autentica* fonte del diritto "in tandem" col legislatore.

Lì, insomma, non esiste una riserva di legge in senso formale, proprio come nei sistemi di *common law*⁸⁶; e la mancanza di questo sotto-principio della legalità penale, come già accennavamo in altra occasione, *genera una diversa declinazione di tutti gli altri*. E così, posto che il giudice è autorizzato a "fare legge", non ha più senso il divieto di analogia, che diventa una *species* di interpretazione estensiva, in *ipotesys* legittima; il divieto di irretroattività sfavorevole copre anche imprevedibili *overruling* interpretativi; e le disposizioni possono e anzi vanno preferibilmente scritte in modo generico-elastico, proprio per dare modo al giudice-fonte di integrarle e "adeguarle" all'evoluzione dei tempi⁸⁷.

Volendo esprimere lo stesso concetto con parole diverse, potremmo pure dire che la legalità penale europea è monca di una dimensione istituzionale: non serve (anche) a scongiurare interferenze fra poteri, a separare chi crea e chi applica il diritto penale, appunto perché non c'è nulla da separare, *non c'è alcun monopolio del legislatore parlamentare da garantire*.

Non è come da noi, dove obbligo di precisione e divieto di analogia intendono anche ribadire-attuare la riserva di legge, imbrigliare il giudice, evitare "invasioni di campo". Poi certo, è vero che tale dimensione istituzionale non è fine a sé stessa, ma ha decisive ricadute individual-garantiste: in termini di controllo democratico sul potere punitivo e di tutela della libertà d'azione; tuttavia, è innegabile che una dimensione oggettivo-ordinamentale della legalità penale, ancorché "servente" la democrazia punitiva e la libertà di autodeterminazione individuale, sia comunque presente in tutti gli ordinamenti continentali.

⁸⁴ Così A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost., n. 80 del 2011)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1 ss.

⁸⁵ Questo il giudice lo fa anche da noi, e lo fa da sempre: come quando, muovendosi dentro i limiti logici dell'enunciato scritto, *accresce la norma incriminatrice*, interpretando estensivamente i segni linguistici e aggiungendo sotto-fattispecie (qui il precetto d'incriminazione muta, incrementa sue capacità di presa, *ma la disposizione rimane tale e quale a prima*); o come quando, al contrario, *demolisce quella norma*, espunge certe classi di condotte, e persino intere fattispecie, *da disposizioni che rimangono immutate*, le quali, cioè, continuano a esistere nella loro originaria fisionomia lessicale. Insomma: la norma può cambiare e financo essere eliminata senza che la disposizione muti di una virgola, e *viceversa*. Il nostro, perciò, non è mai stato un giudice-dichiaratore, un mero "rivelatore" di *voluntates legis* obiettivizzate in testi scritti e strutture tipiche: è sempre stato un giudice-costruttore.

⁸⁶ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, 1/2009, 57 ss.

⁸⁷ V. VALENTINI, *Continua la navigazione a vista*, cit., 3.

Nel sistema sovranazionale, quindi, sopravvive solo la curvatura individuale-umanistica del nostro principio; e questo spiega perché esso venga ricostruito *in chiave soggettiva*, ossia “dal punto di vista” dell’individuo-destinatario del precetto⁸⁸: non conta più la maggiore o minore precisione/vaghezza del testo di legge, e non è più decisivo distinguere fra interpretazioni analogiche, evolutive, restrittive oppure estensive, fra leggi e sentenze, fra leggi retroattive e interpretazioni retroattive. Ciò che conta, invece, è stabilire se una punizione, comminata dal diritto scritto oppure giurisprudenziale, fosse o meno ragionevolmente prevedibile.

Breve: la legalità penale europea non è altro che una “*obbligazione generale di prevedibilità*” che grava sul legislatore-fonte e, in aggiunta, sul giudice-fonte⁸⁹.

Ecco, quella legalità penale ‘iper-soggettivizzata’, può essere presa e trapiantata così come è qui da noi?

Ma al di là della domanda, evidentemente retorica, resta il fatto che *non possiamo fingere che non esista*: perché il diritto sovranazionale, ce lo dice chiaro e tondo il Giudice delle leggi, vanta un rango (sub- e -para) costituzionale ex artt. 11, 117 Cost.; si tratta insomma di normativa *formalmente vincolante*, e perciò, anche il modello di legalità penale che ci restituisce quella normativa è un *modello prescrittivo*.

Vero è, piuttosto, che l’obbligatorietà-vincolatività del diritto unionista e del diritto europeo dei diritti umani non è senza limiti: che, appunto, esistono e *vanno azionati senza paura* quando la normativa sovranazionale attenta a strutture identitarie che incarnano principi di civiltà giuridica⁹⁰.

3.1. Quale il maximum standard?

La legalità penale sovranazionale, dunque, se è vero che rinuncia all’istanza di democrazia punitiva (cfr. *retro*, § 2), garantirebbe però un più elevato *standard* di tutela dello “affidamento soggettivo”: giacché, includendovi non sono le regole positivizzate, ma pure la loro (costante, consolidata) interpretazione, neutralizzerebbe fenomeni di retroattività occulta (cd. *prospective overruling*)⁹¹.

Almeno *in teoria*: perché poi, *in pratica*, può non essere così.

Ché anzi, l’aver sdrammatizzato la distinzione “oggettiva” fra analogia e interpretazione estensiva, e l’aver stabilito un’equazione fra rispetto/violazione della legalità penale e ragionevole prevedibilità/imprevedibilità “soggettiva” – ancorché

⁸⁸ K. AMBOS, *Principios e imputación en el derecho penal internacional*, Barcelona, 2008, 35 ss., 43 ss.

⁸⁹ Così già P. ROLLAND, *sub art. 7*, in L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, Paris, 1999, 293 ss.

⁹⁰ Così testualmente, sempre a proposito del caso Taricco, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 11 ss.

⁹¹ Cfr. per es. F. C. PALAZZO, A. BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in RIDU, 1988, 35 ss.; S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, fra legalità e ragionevolezza*, in AA.VV., *Diritto e clinica per l’analisi della decisione del caso*, Padova, 2000, 239 ss.; V. MANES, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in F. SGUBBI, V. MANES (cur.), *L’interpretazione conforme*, cit., 9 ss.

impersonale – della pena, ha già aperto e rischia ancora di replicare scenari che, ai nostri occhi, tutto sono meno che rassicuranti.

Gli interpreti europei, infatti, tendono a includere nella base ontologica del *test* di prevedibilità della pena, accanto a variabili giuridico-normative “certe”⁹², contingenti e inafferrabili elementi socio-politici (progresso culturale, evoluzione della coscienza sociale, dibattiti e lavori parlamentari, etc.), giungendo sino al punto di considerare ragionevolmente prevedibile una condanna – *per un fatto che, al momento in cui era stato commesso, non costituiva reato!* – là dove appaia coerente con la “civiltà moderna” e con la “giustizia penale del presente”⁹³.

Insomma: sarebbe un po’ come se noi considerassimo evitabile-inescusabile l’errore *ex art.* 5 c.p.⁹⁴ perché, al momento del fatto – di cui il diritto giurisprudenziale escludeva pacificamente la punizione praticando interpretazioni restrittive – il Parlamento ne stava caldeggiando la criminalizzazione⁹⁵; quella scusante, che già di suo è moribonda⁹⁶, ne uscirebbe praticamente stecchita.

Ma, nella *case-law* sovranazionale, dove tutto e il suo contrario diventa possibile⁹⁷, ci sono anche movimenti che vanno nel senso opposto: in un senso, cioè, spintamente indulgenzialista.

Basti pensare alle saghe Sud Fondi e Varvara (*infra*, § 6), ma pure al recente – e giustamente chiacchierato – caso Contrada⁹⁸.

In quest’ultima occasione, la Corte EDU ha detto: la *specifica norma* generata dal combinato disposto degli artt. 110, 416-bis c.p., al momento della condotta, non era passabilmente chiara-stabilizzata, perché una parte della giurisprudenza negava, ed altra parte ammetteva, il concorso esterno in associazione mafiosa; figura, questa, di cui si afferma la «origine giurisprudenziale»⁹⁹.

⁹² Presenza-assenza di orientamenti giurisprudenziali o di prassi amministrative; precisione-vaghezza dei segni linguistici, anche in relazione alla cerchia dei destinatari a cui la legge si rivolge; accessibilità-pubblicazione degli atti normativi di fonte primaria o sub-primaria e delle raccolte di giurisprudenza: v. il resoconto di A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”*, Torino, 2008, cit., spec. 325 ss., 354 ss., 374 ss.

⁹³ Così, emblematicamente, Corte EDU, 22 novembre 1995, CR c. *Regno Unito*, in www.echr.coe.int; Corte EDU, 22 novembre 1995, SW c. *Regno Unito*, *ivi*.

⁹⁴ Fattispecie scusante, questa, che, secondo i più, costituisce il solo arnese domestico di cui disponiamo per giustiziare fenomeni di retroattività occulta e situazioni di “imprevedibilità della pena” dovute a *caos* interpretativo: O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2013, 159 ss.; così, sostanzialmente, anche F. C. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *questa Rivista*, 13 gennaio 2016, 1 ss., 5 ss.

⁹⁵ Su questi scenari, rinviando ancora a V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 136 ss.

⁹⁶ In argomento, v. M. DONINI, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. cost. n. 364/1988 sull’ignorantia legis*, in L. FOFFANI, M. C. FREGNI, R. LAMBERTINI (cur.), *Liber Amicorum per Massimo Bione*, Milano, 2011, 173 ss.

⁹⁷ Sulla – strutturale, inevitabile – mutevolezza che attraversa la casistica della Corte EDU, ed in particolare sulla – palmare – contraddizione logica (ma anche giuridica) fra le *rationes decidentis* del caso Contrada da un lato, e del caso “SW c. Regno Unito” dall’altro, v. le limpide osservazioni di O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2015, 11ss.

⁹⁸ Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, in www.echr.coe.int

⁹⁹ Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, cit., § 66.

Certo – seguiva la Corte – non è che l’ordinamento italiano, sempre al *tempus delicti*, non conoscesse il concorso esterno *nel reato associativo*, essendocene applicazioni in materia di cospirazione politica e terrorismo¹⁰⁰; né era incerta la punibilità-rilevanza penale di quel fatto, che rimbalzava fra favoreggiamento, concorso esterno e responsabilità associativa¹⁰¹. Il punto, è che difettava di una “base legale” il concorso esterno *in associazione mafiosa*: si trattava dunque di una figura «non sufficientemente chiara e prevedibile», di talché il ricorrente non era in grado di conoscere “in anticipo” la misura della sanzione in cui sarebbe incorso¹⁰². Di qui, la ritenuta violazione dell’art. 7 CEDU.

Ora, se anche fosse vero – cosa che non ci pare proprio – che il concorso esterno in mafia è(ra) figura carente di una base legale positivizzata (una illecito d’integrale «origine giurisprudenziale», appunto)¹⁰³, di certo non siamo stati condannati per questo, considerato che, come già detto, nel sistema sovranazionale il giudice è autentica fonte del diritto¹⁰⁴.

Piuttosto, siamo stati condannati perché la *specifica figura* destinata a colpire il concorrente esterno in “cosa nostra”, al momento della condotta, non era (ancora) pacificamente e stabilmente acquisita al sistema, e, per conseguenza, era imprevedibile la *specifica pena* che sarebbe stata irrogata all’agente.

Non la condanna, ripetiamo, trattandosi di un fatto di sicuro e prevedibile rilievo penale, e neppure lo schema giuridico “generale” del concorso esterno, che praticavamo già dagli anni ’60: era invece quella *fattispecie concorsuale “di parte speciale”* a essere oscura¹⁰⁵, e, per conseguenza, non era conoscibile la pena che ne sarebbe seguita.

Ebbene, se decidessimo di orientare la lettura della regola *ex art. 5 c.p.* a una simile *ratio decidendi*, la nostra scusante, anziché stecchita, ne uscirebbe straordinariamente rivitalizzata: per essere in *culpa iuris*, affinché, cioè, l’errore/l’ignoranza della legge penale sia considerato evitabile, non basterebbe (più) la conoscibilità dell’illiceità penale *tout court* della condotta, e ciò quand’anche – come nel caso Contrada – non sia affatto “artificiale”¹⁰⁶: ci vorrebbe invece che l’ordinamento

¹⁰⁰ Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, cit., § 71.

¹⁰¹ Lo segnala anche G. MARINO, [La presunta violazione da parte dell’Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?](#), in questa Rivista, 3 luglio 2015, 1 ss.

¹⁰² Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, cit., § 75.

¹⁰³ E non invece una fattispecie che viene costruita dall’interprete sul piano normativo, senza fare analogia, “partendo” dagli enunciati *ex artt. 110, 416-bis c.p.* In questo senso, del tutto condivisibilmente, anche [Cass., II, 21 aprile 2005, n. 34147](#), in questa Rivista, 2 ottobre 2015. Per un commento dell’arresto, v. A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2015, 26 ss.

¹⁰⁴ Conf. G. MARINO, [Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU](#), in questa Rivista, 6 maggio 2016, 1 ss., 5.

¹⁰⁵ Così, efficacemente, M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, d’imminente pubblicazione in *RIDPP*, 2016, spec. §§ 4 e ss.

¹⁰⁶ Lo rileva criticamente pure D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2, 2015, 46 ss., 51 s. È appena il caso di rammentare, infatti, come la Corte costituzionale, con la celebre sentenza n. 364/1988, ha di fatto limitato il *range* operativo della

giuridico, scritto e vivente, metta il cittadino nelle condizioni di conoscere nitidamente e anticipatamente lo *specifico* illecito che verrà addebitato e, quindi, lo *specifico* corredo sanzionatorio ad esso connesso.

Alla base dell'*affaire* Contrada, insomma, vive una logica diametralmente opposta a quella (del “ghiaccio sottile”) abbracciata dalla Corte EDU nei già citati *cases* del 1995, e decisamente più (individual-)garantista di quella che attraversa l'elaborazione continentale in punto di *Verbotsirrtum*.

Il tutto, naturalmente, sempre che si ritenga che il solo arnese di cui disponiamo per rimediare a “punizioni non ragionevolmente prevedibili” occasionate da bruschi *reversals* giurisprudenziali, oppure da situazioni di grave *caos* interpretativo, sia la scusante *ex art. 5 c.p.*; sempre che si ritenga, insomma, che l'introduzione di quel diritto alla prevedibilità della pena in cui consiste la legalità europea (*retro*, § 3) non possa che avvenire sul piano della certezza *soggettivo-individuale* tutelata “caso per caso” dall'art. 5 c.p.¹⁰⁷, anziché sul piano della certezza *soggettivo-impersonale* presidiata dalla tipicità/tassatività della norma incriminatrice (che può dirsi compromessa *anche* da conflitti ermeneutici sincronici)¹⁰⁸ e dal divieto di punizioni retroattive (che può dirsi violato *anche* nell'ipotesi di *overruling* sfavorevole)¹⁰⁹.

E pensare che una simile “operazione di travaso” sarebbe del tutto indolore per il nostro sistema delle fonti, giacché ci limiteremmo a prendere atto apertamente – e, si consenta, una buona volta – della *Natur der Sache*: della funzione concorrenziale che assolve il giudice nella costruzione della norma-comando.

Dentro i limiti logici dell'enunciato scritto, infatti, è innegabile che l'interprete continentale giochi un ruolo decisivo nel processo di tipizzazione e stabilizzazione del precetto, sulla cui chiarezza e immutabilità *in peius* il cittadino ha il diritto di confidare; va da sé, perciò, che gravi incertezze e improvvisi evoluzionismi interpretativo-applicativi che occorran *dentro quel perimetro semantico* compromettano la legalità come diritto fondamentale (*supra*, §§ 2, 3).

Non si tratta, dunque, di legittimare il *judicial law making*, e neppure di riconoscere al giudice nostrano il potere di validare/invalidare disposizioni legislative¹¹⁰, impedendo i controlimiti *ex artt. 25, 101 Cost.* simili implicazioni britannizzanti.

Si tratta invece, molto più banalmente, di prendere sul serio la legalità come diritto basico alla prevedibilità della punizione: perché, dal punto di vista dello “uomo

scusante ai reati artificiali: cfr. L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in RIDPP, 1988, 1313 ss

¹⁰⁷ F. C. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 7 s.

¹⁰⁸ Così, invece, M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU*, cit., §§ 7 ss. D'altronde, è alla certezza della norma (reale) come requisito di “validità oggettiva” della stessa che guarda la Corte EDU: lo ammette anche F. C. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 8 s.

¹⁰⁹ Per questa possibile soluzione (cd. *prospective overruling*), e per la sua compatibilità con riserva di legge e separazione dei poteri, ci permettiamo di rinviare nuovamente a V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 150 ss.; ID., *Case-law convenzionale*, cit., 315 ss.

¹¹⁰ Così, a proposito del “travaso domestico” del concetto di legalità effettuale che emerge (anche) dal caso Contrada, C. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 9.

ragionevole che confida”, è affatto indifferente che quell’imprevedibilità sia dovuta a mutamenti post-fattuali del diritto scritto *o vivente* (se della pena), oppure a oscurità lessicali *od oscillazioni ermeneutico-qualificative* (quanto della pena).

Breve: come la legalità penale europea¹¹¹, anche quella continentale si preoccupa di garantire la prevedibilità soggettivo-impersonale della punizione (già sul piano dei “connotati obiettivi” dell’illecito, da parte del cittadino-destinatario di media avvedutezza), rilasciando al *test* di colpevolezza, e quindi alla regola *ex art. 5 c.p.*, le questioni che attengono alla prevedibilità soggettivo-individualistica (da parte di quell’accusato in carne e ossa); perciò, ribadire il divieto di analogia, e includere il formante giurisprudenziale nel fuoco dell’affidamento tutelato dall’art. 25, co. 2, Cost., significherebbe *enfaticizzarne* la dimensione umanistica *senza scalfire* quella ordinamentale (art. 53 CEDU).

Fanta-diritto¹¹²?

Paradossi di Sorite¹¹³?

Forse. Ma meglio vagheggiare questi scenari e provare a maneggiare questi paradossi, piuttosto che lasciarsi trasportare da furori general-preventivi come quello che ha colto il Giudice di pace di Taranto (*retro*, § 2).

3.2. Quali i rimedi domestici per Bruno Contrada (e per i suoi cloni)?

Come giustiziare la sotto-fattispecie concorsuale (sub-)costituzionalmente illegittima?

E poi, di quali rimedi dispone Contrada, come pure coloro che si trovano in situazioni analoghe, per elidere il *vulnus* acclarato a Strasburgo?

Si tratta d’interrogativi che – a ragione – stentano a trovare risposte tendenzialmente soddisfacenti¹¹⁴; d’altra parte, finché le regole di coesistenza fra sistema domestico e diritto sovranazionale continueranno a essere appaltate a un organo che *non fa legge* e che *non partorisce interpretazioni formalmente vincolanti* (la Corte costituzionale, appunto), ovvio che continueremo a navigare a vista¹¹⁵.

Ad ogni modo, se dovessimo proprio dare a una risposta, cominceremmo con l’indicare due punti che vanno tenuti fermi.

i) Le interpretazioni generalizzanti (le *rationes decidendi*, le massime) della Corte EDU *non possono spiegare effetti vincolanti diretti*, tanto meno iperretroattivi, nel sistema

¹¹¹ Ne dà atto, da ultimo, M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU*, cit., spec. §§ 6 ss.

¹¹² Considera «ai limiti del fanta-diritto» il travaso della “*ratio decidendi* Contrada” sul piano dei connotati oggettivi della norma-fattispecie penale, ad es., F. C. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 9.

¹¹³ Così, a proposito dell’eventuale innesto del *prospective overruling* nel nostro sistema, O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale*, cit., 166.

¹¹⁴ O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo*, cit., 10 ss.

¹¹⁵ Sulle insidie insite nell’utilizzo disinvolto e “decontestualizzato” della casistica convenzionale ed eurounitaria, specie da parte del giudice comune, già V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 28 ss.

interno. Il giudice comune, perciò, non è autorizzato a fare da sé: dopo aver tentato – senza successo, senza fare analogia – di conformare la disciplina nazionale alla *case-law* convenzionale (*infra* § 6), deve passare la palla alla Consulta¹¹⁶.

Per tali ragioni, non condividiamo la posizione recentemente assunta, proprio con riguardo a un clone di Contrada, dal Gip di Catania¹¹⁷: che, oltre ad aver male interpretato l'interprete europeo¹¹⁸, ha finito per *applicare direttamente* l'arresto strasburghese, assolvendo l'imputato perché il fatto *non è previsto dalla legge come reato*. Ovvio che uno scenario del genere, a fronte di giudicati definitivi, aprirebbe alla *diretta azionabilità* dell'istituto 673 c.p.p. o, comunque, di un incidente *ex artt.* 666 c.p.p., da parte di quanti si trovano in situazioni analoghe a quella del ricorrente vittorioso; operazione, questa, che la Corte costituzionale ha recisamente (e ripetutamente, e opportunamente) interdetto.

ii) L'unico strumento di cui dispone il *singolo ricorrente* vittorioso a Strasburgo per giustiziare *immediatamente* la violazione acclarata *dalla sua vicenda concreta*, resta la revisione europea *ex art.* 630 c.p.p.: che, per quanto arnese poco adeguato nello specifico caso di cui discorriamo¹¹⁹, è quanto passa il convento¹²⁰. Qui, all'evidenza, l'arresto del giudice europeo produce sì effetti *diretti, obbligatori e oltre il giudicato*, ma viene in rilievo nella sua "portata individualizzante" (*case by case*), senza cioè coinvolgere riserva di legge e separazione dei poteri.

E quindi, *bene ha fatto* la Suprema Corte, di recente, a escludere la proponibilità "diretta" di una revisione europea in casi analoghi a quelli del ricorrente vittorioso¹²¹: diversamente opinando, infatti, finiremmo per attribuire alla casistica CEDU "generalizzante" la forza di una "legge iperretroattiva", ancorché *via* meccanismo *ex art.* 630 c.p.p. anziché chiamando causa quello *ex art.* 673 c.p.p. E ancora, *bene ha fatto* la Corte d'Appello di Caltanissetta, adita dai difensori di Contrada *ex art.* 630 c.p.p., a ritenersi competente a scrutinare gli effetti della sentenza della Corte EDU¹²²; piuttosto, stupisce l'epilogo cui è pervenuto il giudice nisseno, che s'è di fatto rifiutato – come invece gli imponeva la *lex scripta*! – di eseguire l'arresto della Curia europea *contestandone* la

¹¹⁶ Pure quando si tratti di un percorso macchinoso e antieconomico, come è accaduto per i "fratelli minori" di Scoppola: V. VALENTINI, *Continua la navigazione a vista*, cit., 10.

¹¹⁷ [GIP Catania \(dott.ssa G. Barnabò Distefano\), 21 dicembre 2015, n. 1077](#), in *questa Rivista*, 6 maggio 2016.

¹¹⁸ Il giudice catanese, supervalutando l'affermazione della Corte EDU – si ripete: errata, oltre che irrilevante nell'economia condanna – secondo cui la figura del concorrente esterno in mafia sarebbe di "origine giurisprudenziale", ne trae la conseguenza che quella norma, essendo creata *tout court* dall'interprete, non gode di legittima cittadinanza nell'ordinamento *ex art.* 25 Cost., prosciogliendo l'imputato perché il fatto non è previsto dalla legge come reato: GIP Catania (dott.ssa G. Barnabò Distefano), 21 dicembre 2015, n. 1077, cit., 107 ss.

¹¹⁹ Cfr. fra gli altri O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo*, cit., 10; F. VIGANÒ, [Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU](#), in *questa Rivista*, 26 aprile 2016, 1 ss., 6.

¹²⁰ A nostro sommosso avviso, infatti, resta uno strumento utilizzabile quale che sia la natura (sostanziale o procedurale) della violazione acclarata a Strasburgo.

¹²¹ Cass., VI, 29 maggio 2014, n. 39925, in *CP*, 2015, 1956 ss., che però, a onor del vero, riguardava un arresto con cui la Corte EDU aveva accertato una violazione processuale.

¹²² [C. App. Caltanissetta, 18 novembre 2015, n. 924](#), in *questa Rivista*, 26 aprile 2016.

decisione, vale a dire sindacando-contraddicendo la (nitida, e definitiva) statuizione di “imprevedibilità della sanzione” ivi cristallizzata¹²³.

E perciò, appurato che Bruno Contrada – e non anche i suoi “fratelli minori” – poteva proporre un’istanza *ex art.* 630 c.p.p. o, comunque, tentare un incidente di esecuzione, magari suggerendo l’applicazione analogica del rimedio pensato per il conflitto di giudicati (art. 669 c.p.p.); ed escluso che il primo – e men che mai i secondi – potessero e possano azionare *direttamente* lo strumento *ex art.* 673 c.p.p., non va dimenticato come quest’ultimo istituto, già nella sua configurazione *on the books*¹²⁴, ospiti al suo interno (anche) l’ipotesi di cancellazione di disposizioni e norme incriminatrici per illegittimità costituzionale.

E allora, richiamato quanto si diceva sopra a proposito della – difficile ma non impossibile – europeizzazione della legalità penale continentale (§ 3.1.), verrebbe da dire che un percorso tutto sommato praticabile, oltre che produttivo di effetti *per Contrada, per i suoi cloni, per il passato, per il presente e per il futuro*, potrebbe essere quello di una pronuncia interpretativa di accoglimento della Consulta: che, prendendo atto del *deficit* di tipizzazione/tassatività che affliggeva e tutt’ora affligge la *norma reale* che incrimina il concorso esterno in associazione mafiosa¹²⁵, la espunga dall’ordinamento per contrasto con l’art. 25 Cost., *rivisitato alla luce dell’art. 7 CEDU*: che, in questo caso, rafforzerebbe la *ratio* reo-centrica che attraversa il nostro precetto costituzionale¹²⁶.

Allora sì, che Contrada e i suoi “fratelli minori” potrebbero pretendere la revoca della condanna definitiva *ex art.* 673 c.p.p. o, comunque, guadagnare un proscioglimento per essere il fatto non (più) previsto dalla legge come reato.

4. Le regole d’ingaggio fra sistema penale domestico e normativa CEDU: il moderato euro-entusiasmo della prima ora.

Mentre le regole d’ingaggio fra ordinamento interno e diritto euro-unitario sono – questioni classificatorie a parte – tutto sommato “stabilizzate”, i rapporti di coesistenza/interferenza fra sistema domestico e normativa CEDU hanno vissuto

¹²³ Impeccabili, sul punto, le osservazioni critiche di F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani*, cit., 4 s.

¹²⁴ Lo precisiamo perché, in occasione ed a seguito del noto “caso El Dridi” (CGUE, 28 aprile 2011, in www.curia.europa.eu), l’enunciato è stato esteso analogicamente all’ipotesi di contrasto fra normativa eurounitaria *self-executing* e diritto interno: cfr., fra le altre, [Trib. Bari, sez. Altamura, 10 maggio 2011](#), in questa Rivista, 10 maggio 2011; [Trib. Matera, 12 ottobre 2011](#), *ivi*, 18 novembre 2011; [Cass., I, 28 aprile 2011, n. 1590, Trajkovic](#), *ivi*, 12 luglio 2011; [Cass., I, 23 settembre 2011, n. 5243, Zinoubi](#), *ivi*, 21 ottobre 2011, con scheda di L. Masera.

¹²⁵ Su questi aspetti, ampiamente, M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU*, §§ 5 ss.; molto istruttiva, sul punto, anche GIP Catania (dott.ssa G. Barnabò Distefano), 21 dicembre 2015, n. 1077, cit., spec. 111 ss.

¹²⁶ Conformemente alla nota logica “one way” abbracciata tanto dal diritto convenzionale, scritto (art. 53 CEDU) e vivente (V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*, cit., 14), quanto, e soprattutto, dalla giurisprudenza costituzionale: su quest’ultimo aspetto, volendo, V. VALENTINI, *Continua la navigazione a vista*, cit., 11 ss. V. anche *retro*, § 3.1.

un'autentica parabola: la cui ultima tappa è marcata dalla (solo apparentemente clamorosa, ma realtà più che telefonata) sentenza in materia confisca urbanistica¹²⁷.

La prima fase, inaugurata dalle note "gemelle" del 2007, è quella dell'apertura e dell'euro-entusiasmo; qui la Consulta, rompendo rispetto al passato, aggancia la normativa «scrittovivente» convenzionale all'art. 117, co. 1, Cost., piazzandola in posizione intermedia fra Costituzione e legge ordinaria: *upgrading* non da ridere, questo, posto che, in precedenza, alla CEDU era assegnato – al più – un rango primario¹²⁸.

Di qui, anzitutto, l'obbligo d'interpretare la disciplina interna alla luce dei diritti europeo dei diritti umani; in caso di antinomia non appianabile in via ermeneutica, però, il giudice non sarebbe autorizzato a servirsi del meccanismo della disapplicazione, ma dovrebbe chiamare in causa la Consulta (sindacato centralizzato di legittimità sub-costituzionale *ex art. 117 Cost.*).

Il tutto, *ça va sans dire*, salvo controlimiti: per potere (orientare l'interpretazione e) viziare leggi domestiche, radicanone l'espunzione, la disciplina convenzionale dev'essere compatibile con *tutti* i principi costituzionali – non solo quelli cardinali – e, *in aggiunta*, deve assicurare un *plus* di tutela rispetto a quella riconosciuta dal sistema interno, come del resto prevede la clausola *ex art. 53 CEDU*¹²⁹.

Ebbene, già in questa prima fase, quella della valorizzazione e della *euro-sensitivity*, è significativo che la Corte costituzionale abbia avvertito il bisogno di "cautelarsi", di piantare paletti più alti di quelli riservati al diritto UE. La stessa scelta di battezzare l'art. 117 Cost. – anziché l'art. 11 Cost., come in effetti era plausibile fare: *retro* § 3 –, con ciò centralizzando il sindacato di legittimità costituzionale-convenzionale, indicizza questa sorta di "diffidenza": quest'esigenza, cioè, di *monitorare scrupolosamente* l'ingresso-impatto della normativa CEDU.

5. La fase 2.0: il conflitto junghiano dei giudici costituzionali.

La seconda tappa della parabola è connotata da una progressiva intensificazione, quantitativa e qualitativa, dei limiti-filtri all'ingresso della disciplina convenzionale, quasi che la Consulta si fosse resa conto di essere stata vittima di un errore prospettico, di avere ecceduto in zelo; e l'esordio di questa seconda fase, che genera una autentica *ermeneutica della sorveglianza*¹³⁰, è marcato "in chiaro" dalla coda del parto plurigemellare: la straordinaria sentenza n. 317 del 2009¹³¹.

¹²⁷ Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹²⁸ Molto chiara, al riguardo, Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348, cit., § 4.2.

¹²⁹ Cfr. ad es. Corte cost., sent. n. 311/2009, in *www.cortecostituzionale.it*, § 6.

¹³⁰ Sul punto, sia consentito rinviare a V. VALENTINI, *La giustizia penale convenzionale e l'oltranzismo dei controlimiti. Dall'euro-entusiasmo della prima ora all'ermeneutica della sorveglianza*, in S. A. SONELLI (cur.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Torino, 2015, 253 ss.

¹³¹ Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317, in *www.cortecostituzionale.it*.

In questo arresto, il Giudice delle leggi teorizza il “controlimite del bilanciamento”, o meglio, sottopone a controlimiti il controlimite del *maximum standard*.

Afferma la Consulta: nello stesso «concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso [...] il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che possono essere incisi» da quell’espansione; e si tratta di un’operazione di bilanciamento che spetta «anche a questa Corte nella sua attività interpretativa di norme costituzionali»¹³².

Come dire: si apre a una combinazione *multilevel* finalizzata alla massima espansione di diritti e garanzie, ma sempre tenendo presente che esistono *contro*-diritti in grado di frenare quella “massimizzazione”; e il potere-dovere di stabilire il punto in cui va tirato il freno, impedendo a quelle grandezze di divorarsi l’un l’altra¹³³, compete anzitutto alla Corte costituzionale: che, perciò, si auto-attribuisce l’ultima parola in punto di limiti della tutela/espansione dei diritti fondamentali.

Tutto ciò, in pratica, significa che la Consulta si arroga il potere di *rivedere il bilanciamento* del giudice di Strasburgo, creando le condizioni per *sindacarne l’interpretazione*¹³⁴.

E il cerchio si chiude: accanto al già stabilito primato della Costituzione sul piano delle fonti (“Carta delle Carte”), veniva qui stabilito il primato della Corte costituzionale sul piano dell’interpretazione (“Corte delle Corti”), in un’ottica non già circolare, ma piramidale e verticistica¹³⁵.

Breve: *già in questa seconda fase*, assistiamo al trionfo dell’assiologia e dell’interpretazione costituzionale sull’assiologia e sull’interpretazione convenzionale.

Sia come sia, sta di fatto che la Consulta, mentre *con una mano* rimpinguava il ventaglio dei controlimiti, *con l’altra mano* continuava a collocare l’interpretazione delle Corte europee al vertice del sistema delle fonti – e dell’apparato giurisdizionale – domestico, contaminando il nostro sistema con elementi appartenenti al mondo di *common law*. In altre parole, il Giudice delle leggi apriva al paradigma della giurisprudenza-fonte, finendo per condividere la percezione che, di sé, hanno i Tribunali sovranazionali: i quali, pur pretendendo di dialogare (anche) con ordinamenti continentali, praticano principi istituzionali (*judicial law making*) e, molto

¹³² Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317, cit., § 7.

¹³³ Sulla connaturale litigiosità-insaziabilità dei diritti umani, anche in prospettiva penalistica, v. O DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in RIDPP, 2011, 1474 ss.

¹³⁴ Così anche S. FOÀ, *Leggi di interpretazione autentica e conformità alla CEDU: il parametro di legittimità «conteso» tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in FAmCDS, 2011, 2247 ss.

¹³⁵ Così pressoché testualmente, ma chiosando la (molto più) recente sentenza n. 49/2015, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in Dir. pen. cont. – Riv. trim., 2, 2015, 325 ss.

spesso, pure assiologie (*thin ice principle*), tipici dei sistemi giuridici d'oltremarina; come dimostra una volta in più, del resto, lo stesso *affaire Contrada*¹³⁶.

Ma tant'è: la Consulta decideva di soprassedere su riserva di legge e separazione dei poteri, ancorché con esclusivo riferimento alle alte Corti sovranazionali¹³⁷.

In effetti, una prima eccezione al dogma della distinzione-separatezza fra *dispositio* e *interpretatio* è espressamente riconosciuta, e non certo da oggi, dalla Corte costituzionale: sono gli arresti della CGUE, apertamente equiparati a "*leges superiores et supervenientes*"¹³⁸.

Sentenze, insomma, dotate della forza di resistenza delle *leggi para-costituzionali*: che, in quanto tali, travolgono (confliggenti) leggi parlamentari, paralizzandone l'applicazione (anche) oltre il giudicato.

Tutti sappiamo cosa è successo dopo la sentenza "El Dridi" sull'incompatibilità della fattispecie di inosservanza ex art. 14, co. 5-ter, T.U. Imm. col diritto eurounitario auto-applicativo: una cascata di richieste ex art. 673 c.p.p. in tutto il Paese, "come se" quella figura – anziché essere semplicemente insuscettibile di applicazione – fosse stata abolita (dal legislatore) o annullata (dalla Consulta)¹³⁹.

Una seconda manifestazione del paradigma del giudice-fonte, mai ammessa e anzi sostanzialmente rinnegata, ma ciò nondimeno evidentissima, riguarda proprio l'ermeneutica della Corte EDU: le disposizioni convenzionali – va dicendo dal 2007 la Consulta – *così come interpretate dal giudice strasburghese*, vantano un rango sub-costituzionale, e, perciò, orientano la lettura delle leggi nazionali e le viziano d'illegittimità costituzionale, determinandone la cancellazione. Pure qui, insomma, semplici *sentenze* vengono "trattate" come *leggi sub-costituzionali* in grado di travolgere leggi parlamentari¹⁴⁰.

Morale: i giudici costituzionali, nell'esatto momento in cui hanno attribuito alle *sentenze* della Corte EDU l'attitudine a orientare l'interpretazione e giustificare l'espunzione di *leggi* statali, ma pure i giudici di merito e di legittimità, nell'esatto momento in cui hanno preso a interpretare *leggi* domestiche alla luce di *sentenze* dei Tribunali sovranazionali, ed a disapplicare – o dubitare della costituzionalità di – quelle *leggi* in ragione del conflitto con quelle *sentenze*, hanno cominciato a considerare la *interpretatio* sovranazionale come una *dispositio* generale, astratta e formalmente vincolante.

¹³⁶ In occasione del quale, come già detto, la Corte EDU qualifica il concorso esterno in mafia una "infrazione di origine giurisprudenziale", lasciando intendere trattarsi – anche se, come già detto, così non è – di fattispecie di *pura* creazione giurisprudenziale ambientabile anche nei sistemi di *civil law*: segnala l'ambiguità anche D. PULITANO, *Paradossi della legalità*, cit., 9 ss.

¹³⁷ Sul fenomeno, già M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 63 ss.

¹³⁸ Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, in www.cortecostituzionale.it.

¹³⁹ *Retro*, nt. 124.

¹⁴⁰ V. VALENTINI, *Continua la navigazione a vista*, cit., 7 ss.

Anzi, a dirla tutta, consideriamo gli arresti della Corte EDU – e quelli della CGUE – come una sorta di leggi europee, come una specie di *ius superveniens* “ad ampio spettro”¹⁴¹: giacché, oltre a trascendere il *case*, spiegano effetti vincolanti anche oltre i confini dello Stato coinvolto da quel singolo caso-fatto, come dimostrano, fra l’altro, il noto “rimpallo multilivello” fra Corti in punto di PMA eterologa¹⁴², e la più recente casistica in materia di cd. utero vicario¹⁴³.

5.1. *Presente, passato e futuribile del cd. europeismo giudiziario.*

Certo è che, in questa seconda fase un poco ondivaga e contraddittoria, di cose ne sono successe a iosa; sono infatti state numerosissime le *ricadute concrete* del cd. europeismo giudiziario, il quale, checché ne dica qualcuno, ha costituito e continua a rappresentare una mini-rivoluzione del sistema delle fonti e dello stesso assetto istituzionale dello Stato di diritto; e, processo, prescrizione e poco altro a parte (*supra* § 2), bisogna ammettere che s’è trattato di una rivoluzione dal volto buono, posto che, finora, l’ermeneutica europea è assunta a fonte vincolante solo se, e solo quando, ha intensificato le garanzie *individuali* ed ha amplificato gli spazi di libertà di *accusati e condannati*.

Ma non perché è sempre e comunque buona la *case-law* sovranazionale, che significa anche inquisizione, efficientismo punitivo, plutocrazia, tecnocrazia, obblighi positivi di criminalizzazione, cultura del *thin ice* ed ermeneutica del securitarismo, difesa sociale ed ipersensibilità per le vittime¹⁴⁴; piuttosto, è stata la Consulta a fare un buon lavoro: selezionando e “lasciando entrare” solo ciò che calza(va) sul nostro modo d’intendere il sistema di giustizia penale.

¹⁴¹ Profetico, al riguardo, G. UBERTIS, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra CEDU e Trattato di Lisbona*, in CP, 2010, 2494 ss.; Id., [Diritti umani e mito del giudicato](#), in *questa Rivista*, 5 luglio 2012.

¹⁴² Cfr. in part. C. Cost., 22 maggio 2012, ord. n. 150, in [www.giurcost.org](#), con cui la Consulta, sollecitata a scrutinare la legittimità costituzionale del divieto di PMA eterologa, ha rinviato gli atti al giudice *a quo* perché rivalutasse i termini della questione in quanto, nel frattempo, era intervenuta una sentenza della Grande Camera della Corte EDU concernente una controversia austriaca.

¹⁴³ È infatti a seguito di una doppia condanna resa dalla Corte di Strasburgo nei confronti della Francia ([Corte EDU, 26 giugno 2014, Mennesson c. Francia](#); [Corte EDU, 26 giugno 2014, Lebassee c. Francia](#), entrambe in *questa Rivista*, 6 luglio 2014, con scheda di T. Trinchera), con cui si riconosce un *diritto* al rispetto dell’identità-vita privata del minore nato da “madre surrogata”, e uno *speculare dovere* dello Stato di riconoscere valore giuridico al rapporto di parentela fra quel minore e genitori “committenti”, che la giurisprudenza di merito, grazie all’obbligo di interpretazione conforme, ha preso a considerare irrilevante (lecito, atipico, inoffensivo, improcedibile) ex artt. 567, 495 c.p. il fatto di dichiarare il neonato figlio della donna “per conto della quale” è stata portata avanti la gravidanza (cd. madre sociale), allorché l’atto di nascita sia stato validamente formato all’estero: v. [Trib. Milano, V, 15 ottobre 2013](#), in *questa Rivista*, 21 febbraio 2014; [Trib. Brescia, II, 26 novembre 2013](#), *ivi*, 17 marzo 2014; [Trib. Varese, 8 novembre 2014](#), *ivi*, 17 dicembre 2014, tutte con schede di T. Trinchera.

¹⁴⁴ In argomento, anche per i necessari richiami, ci permettiamo di rinviare a V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 33 ss.

Molto è già successo, dunque, molto sta succedendo, e molto potrebbe ancora succedere.

Premesso che, più spesso che non (*supra*, §§ 1 e 4), l'ingresso del "diritto penale europeo" nell'ordinamento domestico ha seguito canali indiretti, nel senso che è transitato sul piano normativo attraverso l'obbligo d'interpretazione conforme¹⁴⁵, occorre segnalare come talvolta si sia trattato di operazioni di "adeguamento ermeneutico" consentite dai limiti logici dell'enunciato scritto; talaltra, invece, il giudice nostrano (che non è, appunto, un giudice-fonte)¹⁴⁶, bene interpretando il suo ruolo istituzionale, ha dovuto chiamare in causa la Corte costituzionale.

Hanno fatto da sé, ad es., le Sezioni Unite "Beschi", che, europeizzando la nozione di legge penale, ivi includendo il diritto giurisprudenziale, e abbinandola al principio di retroattività favorevole, hanno attribuito a un *overruling* delle SS.UU. l'attitudine ad abbattere pseudo-giudicati *ex art.* 666, co. 2, c.p.p.¹⁴⁷.

Stesso percorso ermeneutico ha seguito il Tribunale di Torino¹⁴⁸, che però, avendo di fronte un'autentica *res iudicata* di cui si domandava la revoca *ex art.* 673 c.p.p. – sempre a seguito di un mutamento interpretativo favorevole delle SS.UU. – ha opportunamente interessato la Consulta: la quale, altrettanto opportunamente, si è ben guardata dal ratificare l'equivalenza fra «linee interpretative giurisprudenziali [e] atto di produzione normativa», opponendo i controllimiti *ex artt.* 25, 101 Cost.¹⁴⁹

Con il che, il Giudice delle leggi chiariva una volta per tutte che le alte Corti domestiche, a differenza di quelle europee, debbono continuare a fare il loro mestiere: a non fare leggi, ma ad interpretarle e applicarle. Chiaro poi che, posto che l'interpretazione della medesima Consulta – sembra uno scherzo ma non è: si tratta "solo" di un gigantesco paradosso – non vincola formalmente nessuno, qualche giudice comune s'è sentito libero di pensarla diversamente¹⁵⁰.

Ancora, ha fatto da sé – e poteva farlo – in molte occasioni la Cassazione, quando ha europeizzato la nozione di pena¹⁵¹ e, abbinandola al divieto di retroattività

¹⁴⁵ L'obbligo d'interpretazione conforme, proprio perché "interpretazione", non riguarda infatti il piano degli enunciati scritti, e, perciò, si disinteressa di questioni attinenti alla diretta applicabilità/inapplicabilità della disposizione-atto.

¹⁴⁶ Sulla doppia velocità del macro-mono-sistema disegnato della Consulta, ove il *judicial law making* (delle Corti europee) coabita col precedente persuasivo (delle alte Corti nazionali), e sulle inevitabili intersezioni fra i due modelli, V. VALENTINI, *Case-law convenzionale*, cit., 309 ss.

¹⁴⁷ Nella specie, quello esecutivo: SSUU, 13 maggio 2010, n. 18288, Beschi, in *CED Cass.*, 246651.

¹⁴⁸ [Trib. Torino, Sez. III \(Dott. A. Natale\), ord. 27.06.2011](#), in *questa Rivista*, 26 luglio 2011.

¹⁴⁹ Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, cit.

¹⁵⁰ Come ad es. [GIP Torino \(Dott.ssa S. Recchione\), ord. 30.1.2012](#), in *questa Rivista*, 19 ottobre 2012, la quale, questione di costituzionalità dell'art. 673 c.p.p. pendente (*retro*, nt. 148), "europeizzava" la nozione di legge penale e revocava una sentenza di condanna a seguito di *overruling* delle SSUU.

¹⁵¹ Secondo la Corte EDU, come noto, è "sostanzialmente penale", e quindi deve poter contare su una base legale al momento del fatto, qualsiasi misura che, a prescindere dalla formale qualificazione assegnata dall'ordinamento interno (sanzione amministrativa, disciplinare, misura di sicurezza, etc.), esibisca *anche solo in parte* uno scopo afflittivo, ossia non integralmente preventivo, non integralmente cautelare, non integralmente riparatorio-compensativo: sulla progressiva centralità assunta, nell'ambito del 'test di

sfavorevole, ha rifiutando di applicare retrospettivamente la confisca per equivalente¹⁵², misura dall'indiscussa funzione punitiva¹⁵³, e, talvolta, anche la confisca di prevenzione¹⁵⁴.

Stesso percorso interpretativo quello seguito dal Tribunale di Lecce maneggiando la regola *ex art. 186, co. 2, lett. c, C.d.S.*¹⁵⁵, che però, essendo chiara, precisa e stringente, non poteva essere "adeguata" alla normativa europea, ma solo tolta di mezzo; di qui, la doverosa questione di costituzionalità per conflitto con gli artt. 3, 117 Cost., poi accolta dalla Consulta¹⁵⁶.

Riposano ancora sulla declinazione convenzionale di pena, ma stavolta coniugata col divieto di *bis in idem* previsto (anche) dall'art. 4, Prot. n. 7, Conv. EDU, le questioni di costituzionalità sollevate dalla V^a Sezione penale della Cassazione in relazione alla clausola *ex art. 187-bis TUF*¹⁵⁷, e dalla Sezione tributaria civile in relazione all'art. 187-ter, punto 1, TUF¹⁵⁸ ("cumulo sanzionatorio"), per conflitto con la sentenza-legge resa dalla Corte EDU, proprio *in subiecta materia*, nel caso Grande Stevens¹⁵⁹.

Domanda: c'era davvero bisogno di chiamare in causa la Consulta, rischiando, come poi è stato, una pronuncia di inammissibilità¹⁶⁰? Probabilmente no, potendo la clausola «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» essere letta in senso esclusivo, anziché cumulativo¹⁶¹. Fatto sta che, nelle more del giudizio di costituzionalità, la *ratio decidendi* del caso Grande Stevens, talvolta combinandosi con altre massime, rese in altre sedi e nei confronti di altri Stati, s'è espansa a macchia d'olio, andando oltre¹⁶², talvolta molto oltre¹⁶³, i casi analoghi a quello del ricorrente vittorioso

identificazione' della *matière pénale* praticato dalla Corte EDU, dal criterio (qualitativo) della *natura* della sanzione, cfr. F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *RIDPP*, 2013, 1899 ss.

¹⁵² Pure quando dovesse trattarsi di reati cd. a consumazione prolungata: cfr. ad es. [Cass., 19 luglio 2011, n. 1569](#), in *questa Rivista*, 25 ottobre 2011, con scheda di V. Ferro.

¹⁵³ Corte cost., 1 aprile 2009, ord. n. 97, in [www.giurcost.org](#).

¹⁵⁴ [Cass., V, 13 novembre 2012, n. 1255, Occhipinti](#), in *questa Rivista*, 26 luglio 2013.

¹⁵⁵ Che disponeva l'applicazione retroattiva della confisca dell'autoveicolo nei casi di condanna e/o patteggiamento per guida in stato di ebbrezza.

¹⁵⁶ Corte cost., 26 maggio 2010, n. 196, in [www.cortecostituzionale.it](#).

¹⁵⁷ [Cass., V, ord. 10 novembre 2014, Chiaron](#), in *questa Rivista*, 22 gennaio 2015.

¹⁵⁸ [Cass., Sez. trib. civ., ord. 6 novembre 2014](#), in *questa Rivista*, 23 gennaio 2015.

¹⁵⁹ Corte EDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, in [www.echr.coe.int](#).

¹⁶⁰ Corte cost., 12 maggio 2016, n. 102, in [www.giurcost.org](#).

¹⁶¹ Così, sostanzialmente, anche A. F. TRIPODI, [Uno più uno \(a Strasburgo\) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato](#), in *questa Rivista*, 9 marzo 2014.

¹⁶² Anzitutto penetrando il campo tributario, anch'esso caratterizzato da un doppio binario penale-amministrativo, ove la "massima Grande Stevens" è stata abbinata ad altre *rules* contenute in altri arresti concernenti sì illeciti tributari, ma coinvolgenti altri Stati (fra le più gettonate, Corte EDU, 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*, in [www.echr.coe.int](#); Corte EDU, 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*, *ivi*; Corte EDU, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*, *ivi*), vuoi per sollevare questioni di costituzionalità (come ad es. quella sollevata dal [Tribunale di Bologna, Sez. I – Dott. M. Cenni – ord. 21 aprile 2015](#), in *questa Rivista*, 18 maggio 2015, con scheda di M. Caianiello); vuoi per praticare interpretazioni estensive, talvolta dichiaratamente analogiche, dell'art. 649 c.p.p. ([Trib. Asti, Sezione penale, – Dott. G. Corato – 10 aprile 2014](#), *ivi*, 9 febbraio 2016); vuoi per applicare direttamente il divieto di matrice sovranazionale, e, quindi, disapplicare la regola del cumulo ([Trib. Terni – Dott. M. Socci – 12 giugno 2015](#), *ivi*, 2 dicembre 2015, con

Il catalogo dei mutamenti (già) indotti dalla giurisprudenza-fonte europea, anche sul processo penale¹⁶⁴, potrebbe continuare a lungo, ma i limiti del presente scritto non ci consentono di andare oltre. Guardando al futuro, e nonostante il contro-trend Taricco, ci piacerebbe che qualcuno prendesse sul serio e, magari, estendesse a fattispecie analoghe le massime contenute nei casi Scoppola¹⁶⁵ e Del Rio Prada¹⁶⁶: includendo nel raggio di copertura dei principi di irretroattività e retroattività favorevole non solo la disciplina del rito abbreviato e dell'esecuzione penale, ma tutte le regole che, pur "nominalmente" processuali, producono effetti sostanziali¹⁶⁷.

6. La terza e attuale fase: il muscolare ritorno a sé stessi.

Ha le banali cadenze di un rapporto di coppia sbagliato, il dialogo fra Consulta e Corte EDU – sempre ammesso che sia un dialogo, e non invece un doppio monologo¹⁶⁸: infatuazione, innamoramento, abbandono di sé stessi e quindi crisi, separazione (in casa, per il momento).

Certo, da parte del Giudice delle leggi una riserva mentale c'era sempre stata: già dai primi incontri qualche *warning*, neppure troppo velatamente, era stato lanciato (*retro*, § 5).

Mancava però la miccia, il *casus belli*: che, alla fine, arriva sempre.

scheda di S. Confalonieri); vuoi per chiedere lumi alla CGUE ([Trib. Bergamo – Dott.ssa A. Bertoja – ord. 16 settembre 2015](#), *ivi*, 28 settembre 2015, con scheda di F. Viganò). In argomento, v. l'affresco di M. DOVA, [Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?](#), in questa Rivista, 9 febbraio 2016.

¹⁶³ [Cfr. ad es. Trib. Brindisi, Sez. penale \(dott. G. Biondi\), sent. 17 ottobre 2014](#), in questa Rivista, 12 dicembre 2014, con scheda di S. Finocchiaro, ove, richiamata la "massima Grande Stevens", ha pronunciato sentenza di non doversi procedere ex art. 649 c.p.p. perché l'imputato, un detenuto accusato di danneggiamento aggravato, aveva già patito, per quel medesimo fatto, una "pena in senso europeo" (15 gg. di isolamento continuo).

¹⁶⁴ Qui ci limitiamo a ricordare la – al tempo pionieristica – europeizzazione dell'art. 521 c.p.p. a seguito del caso Drassich (da ultimo, nell'ambito del rito abbreviato, [Cass., II, 12 novembre 2012, n. 1625](#), in questa Rivista, 5 febbraio 2013, con scheda di L. Masera), possibile "senza passare dalla Consulta"; e la (parziale) interpolazione della disciplina che governa l'applicazione delle misure di prevenzione per conflitto con la *case-law* convenzionale: Corte cost., 8 marzo 2010, n. 93, in [www.cortecostituzionale.it](#).

¹⁶⁵ Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in [www.echr.coe.int](#), che estende la retroattività in mitius, inclusa nella norma ex art. 7 CEDU, alla disciplina – da noi tradizionalmente considerata governata dal *tempus regit actum* – del rito abbreviato.

¹⁶⁶ Corte EDU, 10 luglio 2012, *Del Rio Prada c. Spagna*, in [www.echr.coe.int](#), che estende il divieto di retroattività sfavorevole alle regole – da noi tradizionalmente considerate soggette al *tempus regit actum* – dell'esecuzione penale.

¹⁶⁷ Ossia incidano, "direttamente" o "indirettamente", sulla libertà personale (es. patteggiamento, misure cautelari etc.): lo avevamo già suggerito in V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 244 s.

¹⁶⁸ G. CIVELLO, [La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?](#), in [www.archiviopenale.it](#), 1/2015, 1 ss.

La sentenza sulla confisca urbanistica¹⁶⁹, in effetti, è il più grosso passo indietro dalle “prime gemelle”; e, se non è proprio un ritorno allo *status quo antea*, poco ci manca.

Tutto comincia dal caso Sud Fondi, quando la Corte EDU ci condanna perché applichiamo la confisca urbanistica *ex art. 44, co. 2, d.p.r. 380/2001*, che è misura *anche* punitiva e, quindi, pena in senso europeo, senza che sia stato accertato un coefficiente soggettivo¹⁷⁰. Una pena senza colpevolezza almeno colposa, insomma, non va bene: come invece s’è sempre ritenuto da noi, che, inquadrando quella confisca fra le misure di carattere amministrativo, l’abbiamo sempre applicata sulla base del solo fatto materiale di abuso¹⁷¹. Risultato: ci è toccato restituire i terreni abusivamente lottizzati, corrispondere alle imprese costruttrici degli “ecomostri” 49 milioni di euro a titolo di risarcimento¹⁷², e, naturalmente, adeguarci al *diktat*. E così, abbiamo smesso di applicare la confisca su base oggettivo-materiale, e abbiamo preso a esigere un accertamento di carattere psicologico, ritenendo però possibile metterlo dentro una sentenza di proscioglimento: esigendo cioè che il giudice, nel *prosciogliere* per estinzione del reato, accerti incidentalmente la responsabilità *anche soggettiva* dell’autore (e dei terzi colpiti dall’ablazione) e, di lì, applichi la *pena* della confisca¹⁷³. Certo, era già di suo un po’ stravagante una sentenza che proscioglie e, al contempo, infligge una pena¹⁷⁴, per di più considerando che la pronuncia di non doversi procedere per estinzione del reato, *natura sui*, implica uno scrutinio di carattere ipotetico-normativo (che non attinge la *quaestio facti*...) ¹⁷⁵ e sbrigativo (..salvo che da essa non emerga in modo palmare la carenza della fattispecie subiettiva)¹⁷⁶. Tuttavia, forzando un po’ la mano, e stravolgendo qualche istituto processuale, ce la potevamo ancora fare, ad adeguarci all’imperativo convenzionale “nessuna pena europea senza colpevolezza”. Il punto, però, è che di lì a poco abbiamo dovuto fare i conti pure col caso Varvara¹⁷⁷, che ha portato alla luce un profilo rimasto in ombra nella casistica nazionale post-Sud Fondi: la (im)praticabilità di una pena (sempre in senso europeo) senza condanna¹⁷⁸. Questa la massima del caso Varvara, in altre parole: “nessuna pena europea senza condanna”¹⁷⁹. Di qui, una (seconda) questione di costituzionalità sulla confisca urbanistica¹⁸⁰, anche stavolta, però, agilmente dribblata:

¹⁶⁹ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, www.cortecostituzionale.it

¹⁷⁰ Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, in www.echr.coe.int

¹⁷¹ Per un’ordinata ricostruzione delle tormentate vicende della confisca urbanistica, v. A. GALLUCCIO, [La confisca “urbanistica” ritorna alla Corte costituzionale](#), in questa Rivista, 8 giugno 2014.

¹⁷² A seguito di un secondo ricorso delle “vittime”: L. BEDUSCHI, [Confisca degli “ecomostri” di Punta Perotti: la Corte di Strasburgo condanna l’Italia a versare alle imprese costruttrici 49 milioni di euro a titolo di equa riparazione](#), in questa Rivista, 16 maggio 2012.

¹⁷³ Corte cost., 16 luglio 2009, n. 239, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁷⁴ Così anche F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2015, 333 ss.

¹⁷⁵ Sul punto, v. per tutti F. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *RIDPP*, 1962, 665 ss.

¹⁷⁶ Art. 129, co. 2, c.p.p.

¹⁷⁷ Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in www.echr.coe.int

¹⁷⁸ A. GALLUCCIO, *La confisca “urbanistica”*, cit., 7 ss.

¹⁷⁹ O, se si vuole, senza una colpevolezza formalizzata-consegnata a una decisione di condanna: V. MANES, [La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza](#), in questa Rivista, 13 aprile 2015; F. MAZZACUVA, [La confisca disposta in assenza di condanna viola l’art. 7 CEDU](#), *ivi*, 5 novembre 2013.

¹⁸⁰ Sul punto, A. DELLO RUSSO, [Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: questione di costituzionalità o di sfiducia verso il sistema?](#), in www.archiviopenale.it, 2/2014, 1 ss.; D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*,

dipende – ha puntualizzato la Consulta – che cosa s’intende per “condanna”. Non sarebbe chiaro, infatti, se la Corte EDU volesse far riferimento a una condanna in senso formale («la forma del pronunciamento del giudice»), oppure alla sostanza dell’accertamento («la sostanza che necessariamente si accompagna a tale pronuncia»), che, sempre secondo il Giudice delle leggi, ben può essere contenuto in una sentenza d’improcedibilità: come del resto confermerebbe – *rectius*, non smentirebbe – lo stesso giudice europeo optando per espressioni «linguisticamente aperte» quali “dichiarazione di responsabilità”, “accertamento di responsabilità personale”, “sentenza di colpevolezza”¹⁸¹. Tutto come prima, insomma. Eppure, il senso della massima Varvara stava proprio nel confermare l’insufficienza-illegittimità dello “adeguamento” post-Sud Fondi¹⁸². Ma questo, con ogni probabilità, lo sapeva anche la Corte costituzionale: che infatti, dopo aver fatto “orecchie da mercante”, chiudeva la partita disegnando le tre regole della terza fase.

In particolare, dopo aver ribadito, seppur in maniera più muscolare e categorica che in passato¹⁸³, che l’assiologia costituzionale prevale su quella convenzionale, la Corte ha esordito affermando che:

i) il giudice non è obbligato a uniformarsi a una pronuncia delle Corte EDU là dove essa non s’inserisca in un orientamento consolidato, là dove, cioè, sia un *precedent* isolato, e non già espressione di una *constant and established case-law*. In simili ipotesi, dunque, l’interprete domestico che non condivide il precedente-monade *non è più gravato* da un obbligo d’interpretazione conforme né, *a fortiori*, è più tenuto a sollevare questioni di costituzionalità.

«Questa Corte ha già precisato, e qui ribadisce, che il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla “giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente” [...] in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza” [...] È, pertanto, solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, *mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo*»¹⁸⁴.

E perciò – ecco la genialità del mercante sordo – quand’anche la massima Varvara avesse voluto dirci che la confisca urbanistica non può essere disposta senza una condanna in senso formale, si tratterebbe *comunque* di un precedente che non esprime un indirizzo consolidato, e, di conseguenza, non saremmo *comunque* tenuti a uniformarci¹⁸⁵.

in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2015, 333 ss.; F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3-4, 2014, 277 ss.

¹⁸¹ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit., § 6.2.

¹⁸² F. MAZZACUVA, *La confisca*, cit., § 3. Così, apertamente, anche [Cass. III, 20 maggio 2014](#), in [www.archiviopenale.it](#), § 15.1.

¹⁸³ Ove il “muscolarismo” sta soprattutto nella svalutazione della casistica convenzionale, che cessa improvvisamente d’essere fonte sovraordinata, e nella rediviva centralità della legge parlamentare nazionale: Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit., §§ 4, 6.2., 7.

¹⁸⁴ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit., § 7 [corsivi nostri].

¹⁸⁵ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit., § 7.1.

ii) Qualora il giudice trovi il precedente-monade della Corte EDU incompatibile con la Carta fondamentale, poi, è autorizzato ad azionare *direttamente* il meccanismo dei controlimiti, rinviando l'*input* al mittente. Qui, insomma, la Consulta finisce per disegnare un *obbligo d'interpretazione difforme* dall'arresto sovranazionale che vulnera principi e valori costituzionali¹⁸⁶.

«[N]el caso in cui sia il giudice comune ad interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, va da sé che questo solo dubbio, *in assenza di un "diritto consolidato"*, è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale»¹⁸⁷.

iii) L'obbligo di interpretazione conforme, e il conseguente dovere di rimettere la questione alla Consulta nel caso di conflitto insanabile, scatta solamente nei casi di *giurisprudenza consolidata* e *sentenze pilota*; e, al riguardo, la Corte fornisce pure una serie di indici, alternativi e non cumulativi, che denoterebbero l'assenza di un "diritto vivente" stabilizzato.

«[...] la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano. Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una "sentenza pilota" in senso stretto»¹⁸⁸.

Chiaro che, con parametri così vaghi e fluttuanti, l'obbligo d'interpretazione diventa agilmente eludibile. È la fine di un amore, forse, ed è la prima volta assoluta che la Consulta rimbalza un impulso *in favorem*: sarà perché un conto è essere individual-garantisti, ben altro è appiattirsi su logiche clemenziali quando neppure è in gioco la libertà personale.

¹⁸⁶ Così, sostanzialmente, anche M BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2015, 288 ss.

¹⁸⁷ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit., § 7 [corsi nostri].

¹⁸⁸ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit., § 7.